



CONTROL EMPRESARIAL VS. INTIMIDAD DEL TRABAJADOR: ANALISIS JURISPRUDENCIAL DE ESPAÑA Y COLOMBIA

Tesis presentada para obtener el Título de Abogado

Corporación Universidad de la Costa

**Iván José de la Hoz Amézquita
Octubre de 2016**



**CORPORACION UNIVERSIDAD DE LA COSTA
CUC
FACULTAD DE DERECHO**

HOJA DE FIRMAS

**CONTROL EMPRESARIAL VS. INTIMIDAD DEL TRABAJADOR:
ANALISIS JURISPRUDENCIAL DE ESPAÑA Y COLOMBIA**

**Presentada por: Iván José de la Hoz Amézquita
como requisito final para obtener el Título de Abogado
aceptada por la facultad de Derecho.**

Jurado

Director de la Tesis

Darwin Solano Bent

Jurado

Secretario

Barranquilla, Colombia. *fecha* _____

RESUMEN

Con el surgimiento de las nuevas tecnologías se presentan nuevos retos para el derecho y la regulación de las actividades que comprometen las mismas. En el caso del derecho laboral, encontramos el uso de las nuevas tecnologías en las tareas que se cumplen a diario en el ámbito laboral, el empleador le facilita al trabajador dichas herramientas o instrumentos para hacer más efectivo su rendimiento laboral. Sin embargo, surge la posibilidad de que el trabajador haga uso personal de dichas herramientas, ya que en general hacen parte de la vida cotidiana del trabajador. Por lo tanto, se crea la tensión entre el poder de vigilancia que puede tener el empleador sobre el trabajador respecto del uso de los medios informáticos que le facilita y el derecho a la intimidad del trabajador, reconocido constitucionalmente.

Palabras claves: medios informáticos, trabajador, empleador, derecho a la intimidad.

ABSTRACT.

With the emergence of the new technologies is presented new challenges for the law and the regulation of them activities that commit them same. In the case of labor law, we find the use of new technologies in tasks that are met on a daily basis in the workplace, the employer facilitates the worker such tools or instruments to make more effective their working efficiency. However, raises the possibility of that the worker do use personal of such tools, since in general make part of the life everyday of the worker. Therefore, is creates the tension between the power of surveillance that can have the employer about the worker with regard to the use of them media computer that you facilitates and the right to the privacy of the worker, recognized constitutionally.

Keywords: resources, worker, employer and right to privacy.

INDICE

RESUMEN.....	3
INTRODUCCION.....	5
<i>Capítulo I. CONTROL EMPRESARIAL VS. INTIMIDAD DEL TRABAJADOR:</i>	
ANALISIS JURISPRUDENCIAL DE ESPAÑA	7
1. La intimidad como derecho fundamental del trabajador:.....	7
2. Derecho al secreto de las comunicaciones.	10
3. Herramientas informáticas en el trabajo:	11
4. Mecanismos de control.....	20
5. Efecto probatorio	33
6. Análisis jurisprudencial del Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo:	43
<i>Capítulo II. CONTROL EMPRESARIAL VS INTIMIDAD DEL TRABAJADOR:</i>	
ANALISIS JURISPRUDENCIAL DE COLOMBIA.....	49
1. Derecho a la intimidad una mirada jurisprudencial.....	49
2. Del derecho a la intimidad en la ejecución del trabajo.	55
3. Limitaciones del trabajador en el uso de las herramientas de trabajo.	60
4. Deber de la empresa de informar al trabajador sobre la vigilancia y control a implementar.....	62
5. Poder subordinante del empleador sobre la intimidad del trabajador	64
6. Poder sancionatorio del empleador sobre mal uso de las herramientas de trabajo. 67	
CONCLUSIONES.....	70
BIBLIOGRAFIA	75
SENTENCIAS.....	79

INTRODUCCION

Con los avances científicos y tecnológicos surgen nuevos problemas, de los cuales se ocupa el derecho como regulador de la conducta humana. En este caso la cuestión por resolver es la posible colisión de derechos que puede suscitar el uso personal de los medios informáticos que le facilita el empleador a su trabajador para el cumplimiento de sus funciones laborales. Así, sucede que el uso personal que el trabajador le de dichos medios informáticos, puede encontrarse dentro de la esfera de la intimidad del mismo. Lo cual nos llevaría a unos interrogantes: ¿qué sucede con el poder de control y vigilancia del empleador en estos casos en que el uso personal de los medios informáticos se encuentran dentro de la esfera de la intimidad del trabajador? ¿Hasta dónde es posible hacer uso de dicho poder de control y vigilancia sin violentar el derecho a la intimidad del trabajador?

El propósito de este trabajo es realizar un estudio de cómo está regulado en el ordenamiento jurídico español y colombiano el uso de las herramientas informáticas suministradas por la empresa para el uso profesional de los trabajadores y como, el poder de control y vigilancia que el empleador le proporcione a dicho uso, podría afectar el derecho a la intimidad del trabajador.

Para cumplir con dicho propósito, parto haciendo una explicación del significado del derecho fundamental a la intimidad y del derecho al secreto de las comunicaciones de los cuales goza el trabajador. Estos en su estrecha relación con el manejo de recursos informáticos en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales. De la misma forma, realizo una descripción general del principio de la buena fé contractual, el cual constituye uno de los límites que tiene el empleador para ejercer la facultad de vigilancia y control en el cumplimiento de los deberes y obligaciones contractuales contraídos por el trabajador y los derechos fundamentales que lo amparan.

Seguidamente se establecerá los mecanismos de control utilizados por los empleadores frente a sus trabajadores para limitar el uso personal de los medios informáticos, planteándose de esta manera los instrumentos de control y vigilancia con que cuenta el empleador.

Posterior a esto, se toca el tema de los medios de prueba y la ilicitud propia de estos cuando se toma con violación a los derechos fundamentales del trabajador, entre los que se encuentra su derecho a la intimidad.

Por último se expone un análisis jurisprudencial de ambos países, tanto del Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo, como de nuestra Corte Constitucional donde se sintetiza la posición que cada Institución tiene respecto al derecho a la intimidad frente al derecho empresarial. Exponiendo igualmente los modos de resolución de conflictos de dichos casos. También, se presentan las alternativas y posibles resoluciones para darle manejo y control desde una posición patronalista conservando equilibrio en una balanza del Derecho Colombiano.

Capítulo I. CONTROL EMPRESARIAL VS. INTIMIDAD DEL TRABAJADOR: ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE ESPAÑA

1. La intimidad como derecho fundamental del trabajador:

Como señala Rodríguez Piñero (2004), en concordancia con la jurisprudencia constitucional española, el derecho a la intimidad es, ante todo, el “poder de resguardar un ámbito reservado por el individuo para sí y su familia de una publicidad no querida”; un derecho a la no intromisión, a que los demás no sepan ni pregunten lo que “somos” o lo que hacemos, incluso lo que pensamos y creemos, lo que se conecta a la libertad de ideas y de conciencia, asegurando un ámbito reservado de la vida para “la protección de la libertad”

La posición jurídica y jerárquica del empresario afecta a la esfera privada y personal del trabajador dado que en la relación contractual se incluyen facultades de vigilancia y control del empresario, inherentes al contrato de trabajo y a la connotación legal de la prestación del servicio. El Tribunal Constitucional ha declarado que las empresas no son ajenas a los principios y derechos constitucionales y que la celebración del contrato de trabajo, en el que se ponen en vilo la dignidad y la libertad del trabajador, no priva al trabajador de los derechos fundamentales que la Constitución le reconoce como trabajador y como persona que deben ser defendidos frente a peligros o intromisiones provenientes del empresario. Por ello, el contrato de trabajo se ha condicionado o influido más que ningún otro contrato privado por los derechos fundamentales, y, en particular, por el derecho a la intimidad.

Chieco (1998) afirma que "la disciplina del contrato de trabajo ha constituido indudablemente la frontera avanzada del derecho a la intimidad" (p.3). Indudablemente el contrato de trabajo requiere algún grado de vigilancia y control sobre la conducta del trabajador, y también el acceso a datos personales cuyo conocimiento por el empresario es necesario para el desarrollo de la relación de trabajo y el cumplimiento del contrato.

El Tribunal Constitucional ha afirmado que la esfera de la intimidad "no comprende en principio los hechos referidos a las relaciones sociales y profesionales en que se desarrolla la actividad laboral, que están más allá del ámbito del espacio de intimidad personal y familiar sustraído a intromisiones extrañas por formar parte del ámbito de la vida privada" (STC 142, 1993). El derecho a la intimidad personal no resulta violado porque se impongan al trabajador limitaciones de ese derecho a consecuencia de deberes y obligaciones jurídicas que el ordenamiento regula y que el trabajador acepta (STC 73, 1982.).

Existe el riesgo de que al someterse el trabajador a los poderes empresariales, se abra una brecha a su intimidad que sería evolutivamente más amplia. El contrato de trabajo no justifica una apertura ilimitada de la esfera íntima del trabajador, ni da derecho a acceder a informaciones conducentes a la vida privada y familiar del trabajador, cuya obtención o revelación por el empresario pueden resultar lesivas del derecho a la intimidad del trabajador, que ha de ser protegido frente a posibles extralimitaciones del empresario (SSTC 98 y 186, 2000). El empleador ha de respetar la "facultad de exclusión del trabajador de la esfera de su intimidad personal y familiar"; el ámbito de su vida privada ha de sustraerse de "intromisiones extrañas de la empresa" puesta en peligro vez más en el seno de las organizaciones productivas a consecuencia de las nuevas tecnologías de información y control (STC 170, 1987).

La expresión "intromisiones extrañas de la empresa" es el punto de partida para determinar, de acuerdo a los caracteres y las circunstancias del vínculo contractual, el

ámbito de lo íntimo y personal que ha de ser respetado por el empleador. Como se deduce del art. 4.2 ET el derecho a la intimidad opera dentro del contrato, como derecho de autonomía privada; se interioriza e integra en el contenido del contrato de trabajo, lo que permite su ejercicio directo por el trabajador frente al empresario en el marco de la relación laboral.

El empresario tiene el compromiso propio de supervisar a sus trabajadores para verificar el cumplimiento de las obligaciones contractuales dentro de las facultades permitidas por la ley, el derecho a la intimidad no puede ser un argumento del trabajador para impedir ese ejercicio. El empresario puede supervisar a sus trabajadores, “pues lo contrario supondría vaciar de contenido el derecho de dirección que incumbe a la empresa” (STS 19 Julio 1989, 1989). Pero la vigilancia y el control debe ceñirse a comprobar si los trabajadores cumplen adecuadamente sus obligaciones contractuales, *a verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales* y ha de hacerse respetando la dignidad y a la intimidad del trabajador, evitando abusos o extralimitaciones en esas vigilancias y controles, los cuales han de hacerse de modo proporcionado en la forma, método, lugar o momento y respetando el contenido esencial del derecho, para que la medida controladora o de vigilancia no pueda tildarse de atentatoria a la dignidad personal del trabajador ni a su intimidad, respetando el contenido esencial de este derecho (De Vicente, 1998).

2. Derecho al secreto de las comunicaciones.

El secreto de las comunicaciones es un concepto rigurosamente formal, en el sentido de que se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenido. Dado su fundamento, no se dispensa el secreto en virtud del contenido de la comunicación, ni se garantiza el secreto porque lo comunicado sea necesariamente íntimo, reservado o personal, sino debido a la evidente vulnerabilidad de las comunicaciones realizadas en canal cerrado a través de la intermediación técnica de un tercero. Con esto se pretende que todas las comunicaciones, incluidas las electrónicas puedan realizarse con libertad. “Así pues el objeto directo de protección del art. 18.3 CE es el proceso de comunicación en libertad y no por sí solo el mensaje transmitido” (STC 241/2012). Sin embargo, la protección que el derecho fundamental dispensa no se extiende a todos los fenómenos de comunicación entre personas, ni alcanza a cualesquiera materiales con ella relacionados presentes, pasados o futuros. Por ejemplo, no es aplicable a quienes intervienen en la comunicación. Es decir, lo que se busca proteger realmente es que terceros no intercepten o tengan conocimiento antijurídico de conversaciones ajenas. “Quedan fuera de la protección constitucional aquellas formas de envío de la correspondencia que se configuran legalmente como comunicación abierta, esto es, no secreto” (STC 241/2012).

De esta manera, es posible concluir que el secreto a las comunicaciones protege los mensajes enviados por correo electrónico en cuanto a su contenido. Es por esto, que es posible afirmar que aunque el empleador tenga un poder de control y vigilancia, no es posible que ejerza actos violatorios del derecho al secreto de las comunicaciones.

3. Herramientas informáticas en el trabajo:

El ordenador, el sistema operativo y al menos la mayor parte de los programas informáticos que en él se encuentran instalados, así como los equipos periféricos a los que pueda estar conectado, son propiedad del empresario. Sin embargo, como se pudo observar en el análisis anterior, aunque estos estén incluidos en los activos del empresario, el trabajador tiene reservado en su utilización un ámbito de intimidad en el que aquel no debe entrar sin su consentimiento.

Existen diferentes posiciones, surgidas a partir de distintos supuestos facticos, que erigen el control que debe tener el empleador respecto al uso personal de los medios informáticos suministrados al trabajador, a partir de que si el sistema operativo y sus adminículos derivados son parte del patrimonio empresarial justifica o no la libre intervención por parte del empresario para realizar dicho control. Esas son las siguientes:

A. Título jurídico del trabajador sobre el ordenador:

En principio, está claro que el trabajador carece de título jurídico que le permita ese uso particular del ordenador. La respuesta que da el Derecho Civil patrimonial no ofrece dudas: el trabajador no ostenta ningún derecho de propiedad que le permita “gozar y disponer” para sí del instrumento (Artículo 348 CC), ni ningún otro título como podría ser el arrendamiento de cosa (Artículo 1543 CC) o el comodato (Artículo 1740 CC). Tampoco tiene el trabajador un derecho de posesión que le permita el aprovechamiento personal del citado ordenador (Artículo 430 CC).

Ahora bien, es el empresario quien tiene esos posibles títulos jurídicos, el de propiedad, que le legitiman para que el ordenador del que es dueño se utilice por los trabajadores exclusivamente para satisfacer el interés productivo dentro de la empresa.

Partiendo de esta primicia, el trabajador es pues simplemente, un usuario del

ordenador, frente al que se sitúa en la misma posición de ajenidad que mantiene respecto a los demás bienes muebles e inmuebles de la empresa. Tal ajenidad de naturaleza patrimonial civil del trabajador frente al ordenador se refuerza con la ajenidad laboral propia del contrato de trabajo, que determina que el ordenador sea un elemento de la organización de la que el trabajador depende (Artículo, 1.1 ET) y en la que presta sus servicios en utilidad patrimonial del empresario.

Por lo anterior podemos deducir que, en una primera aproximación, que el trabajador sólo puede utilizar el ordenador (para la emisión y recepción de correos electrónicos, navegación por páginas de internet, apertura de archivos y carpetas, etc.) para dar cumplimiento a su contrato de trabajo, y por ello no tiene derecho a usar el artefacto para fines particulares.

En lo que refiere al uso privado del ordenador por los trabajadores debemos mencionar varias sentencias, entre ellas, la STSJ Cataluña, de 5 julio 2000, a cuyo tenor cuando un trabajador hace uso ilegítimo del ordenador de la empresa transgrede la buena fe debida a ésta y no puede invocar el derecho a la intimidad en aquel uso.

B. Autorización o prohibición expresa del empresario para uso del ordenador con fines privados:

El empleador tiene la posibilidad de realizar una autorización expresa, (en convenio o acuerdo colectivos, pacto contractual, reglamento interno, protocolo, código de conducta o decisión del empresario), al trabajador respecto al uso personal de los medios informáticos por él facilitados. Dichas reglas, al tiempo que autoricen el uso privado del ordenador pueden y suelen fijar límites a tal uso.

Ahora, si en lugar de una autorización expresa existiera una prohibición también expresa, sería evidente que desvirtuaría el derecho del trabajador al empleo

particular del ordenador. En este sentido, la STSJ Comunidad Valenciana, de 4 julio 2007, declaró ajustada a derecho la prohibición expresa de usar el ordenador con fines extra laborales así como los actos empresariales conexos con ella (prohibición que se completó con la instalación, comunicada a la representación sindical, de un “programa espía”; luego se procedió a la extracción de listados de las páginas web visitadas, en presencia del trabajador y un representante sindical).

En ambos supuestos la autorización (se supone que con límites) y la prohibición expresa se alcanza, por parte del empresario y de los trabajadores, una deseable seguridad jurídica acerca del uso del ordenador por estos últimos.

C. Uso del ordenador para fines privados cuando no media autorización o prohibición expresa:

Ahora la situación es diferente y consiste cuando tales regulaciones expresas, sean permitidas o prohibitivas, no existen en la relación laboral. La primera suposición es la de saber si en tal situación el trabajador que usa el ordenador con fines particulares comete en todo caso un acto ilícito, es decir, si a falta de autorización expresa todo uso privativo del ordenador es, de entrada y sin necesidad de mayor averiguación, formalmente antijurídico, todo ello con independencia de que el contenido del uso concreto del ordenador pudiera ser también materialmente ilícito.

De la respuesta que se dé a esa cuestión la licitud o ilicitud formal del uso particular del ordenador en caso de inexistencia de autorización o prohibición expresa depende que el empresario esté legitimado para acceder o no, sin más trámite, a los contenidos del aparato para obtener pruebas del incumplimiento material del trabajador, que le sirvan para fundamentar una medida sancionadora o, por el contrario, tenga que someterse a determinadas exigencias jurídicas sin las cuales su actuación

predominantemente controladora correría el riesgo de ser declarada nula.

Ante la evidente falta de regla que dé respuesta a estas preguntas, el arbitrio judicial queda explanado y con él queda abierta la posibilidad de soluciones jurisdiccionales diferentes, como viene demostrando la práctica:

- La falta de autorización expresa equivale a prohibición: así, una tendencia judicial que pudiéramos llamar “rigurosa” parte de la necesidad de autorización expresa, convencional o unilateral, para que el trabajador pueda disponer del ordenador de la empresa para ciertos usos personales, evidentemente que ante la falta de esa autorización deberá presumirse la ilicitud de dichos usos. De la aplicación de esa doctrina se sigue que no lesiona el derecho a la intimidad del trabajador el control por el empresario del ordenador de un trabajador no autorizado expresamente para su uso particular (STSJ Murcia, de 15 junio 1999). En tal caso, el empresario gozaría, pues, de libertad plena para monitorear el uso del ordenador.
- La falta de autorización expresa es permiso tácito: la otra tendencia referida es la que considera que el uso privado del ordenador no prohibido expresamente está permitido de hecho por el empresario a través de una autorización tácita. Dicha tendencia judicial viene a corregir la idea de que todo uso particular del ordenador por el trabajador sin autorización expresa del empresario es ilícito; idea que resulta, demasiado rígida. En efecto, puede pensarse que esa idea parecería desconocer la “realidad social” de nuestro tiempo, que el artículo 3.1 del Código Civil¹ erige en uno de los cánones de interpretación de las normas, y desconocedor también de los “usos sociales” que según el art. 2.1 LO 1/1982, de protección del honor, la intimidad y la propia imagen, contribuyen a delimitar

¹ “Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas”

la protección de esos derechos.

Esa realidad social enseña, ciertamente, que en la vida de las empresas está ampliamente generalizado el uso privativo por los trabajadores de los medios de comunicación de ésta teléfono, fax, ordenador, un uso que suele ser tolerado siempre que sea razonable y no suponga un perjuicio apreciable para la empresa; esto es, siempre que se trate de un uso de buena fe y no de un abuso. Se estaría así ante actuaciones que, aun no reconocida expresamente su licitud, constituirían lo que en la doctrina se ha llamado “comportamientos socialmente típicos”, conductas acostumbradas y comúnmente admitidas en el tráfico social y comercial (Persiani, 2002).

- Tesis intermedia: En efecto, la realidad de las relaciones laborales enseña que es habitual el uso particular por los trabajadores de los ordenadores de la empresa, aunque no exista autorización explícita para ello. Como regla general, el trabajo administrativo es cuando menos monótono, y las tentaciones de evasión que ofrece el ordenador son muchas y variadas, incomparablemente superiores a las que ofrece, por ejemplo, el teléfono. Cierta doctrina judicial ha llegado a declarar enfáticamente que resulta poco razonable exigir al trabajador una conducta prácticamente heroica de renunciar a unos medios a los que se le da acceso de forma muy sencilla (STSJ Cantabria, de 18 enero 2007). Tal doctrina está legitimando un uso particular que se presume ejercido de buena fe, esto es, prudente y moderado, de los ordenadores de la empresa por los trabajadores de ésta. Admitidos tales usos sin necesidad de autorización expresa, se deriva de ello una ampliación de la esfera de intimidad del trabajador, ese espacio que el TC identifica como “la existencia de un ámbito propio y reservado” del individuo (SS 57/1994, de 28 febrero y 186/2000, de 10 julio).

En lo que a la permisividad refiere, la doctrina viene admitiendo la licitud de los comportamientos tolerados por el empresario, y considera contraria a la buena fe la interrupción sorpresiva de esa permisividad mediante el ejercicio del poder

disciplinario (STSJ País Vasco, de 19 junio 2007).

Correo electrónico:

La utilización del correo electrónico como medio de comunicación en la empresa es una de las herramientas más utilizadas y comunes actualmente en el entorno laboral. Mediante la utilización de este instrumento el trabajador puede visualizar, de manera rápida, la información recibida en cualquier formato como: texto, gráficos, imágenes, sonidos, etc., pero además es capaz de almacenar los mensajes y reenviarlos de forma sencilla. El correo electrónico, por un lado, ofrece al usuario la posibilidad de transferir instantáneamente información y, por otro, fomenta las relaciones interpersonales entre quienes estando, geográficamente separados, tienen intereses comunes.

No obstante, a pesar del efecto positivo que este sistema de comunicación ejerce sobre los trabajadores suele ser valorado por la dirección de las empresas con gran atención, poniendo sobre la mesa el posible perjuicio que su uso puede causar a estas. La utilización abusiva de un instrumento de trabajo para fines propios plantea, desde el punto de vista empresarial, numerosos inconvenientes y perjuicios. Principalmente, se señala el daño económico que, no obstante ser incalculable económicamente en cuanto al coste de la “llamada”, lo es en cuanto al lucro cesante, o sea, al tiempo que el trabajador deja de dedicar a la prestación efectiva del servicio. De otra parte, ese uso desviado puede comprometer la capacidad del sistema informático para transmitir información, la seguridad, imagen o competitividad de la empresa, mediante la transmisión de información confidencial, relativa a empleados, proveedores o clientes, por ejemplo.

Con independencia de cuál sea el daño concreto que se calcule, el interés del empresario puede verse comprometido por el uso irregular y abusivo del correo electrónico y constituir, en sí misma, dicha conducta una transgresión de la buena fe

contractual y un abuso de la confianza depositada en el trabajador, frente a la cual se le reconoce al empresario la capacidad de reacción con medidas disciplinarias al uso.

a. El uso profesional y personal del correo electrónico dentro en la empresa.

En orden a la mencionada doble condición de la mensajería electrónica, de un lado, como instrumento de trabajo y, de otro, como sistema de relación entre personas, varias son las posibilidades de utilización del correo electrónico por los trabajadores en sus lugares de trabajo, en primer lugar, el uso del correo como herramienta de la empresa únicamente para fines relacionados con el contenido de la prestación del servicio. En segundo lugar, el empleo del correo electrónico de la empresa para fines tanto profesionales como personales; y, en tercer lugar, existe la posibilidad de que la empresa permita a los trabajadores, como explique anteriormente, utilizar, además de la dirección de correo electrónico empresarial facilitada por la empresa para asuntos profesionales, la dirección de correo personal del trabajador para asuntos de carácter privado (Morato, 2005).

El interés, en el ámbito laboral, del correo electrónico ha venido a ocupar el espacio reservado, hasta el momento, por otros medios de comunicación como el teléfono o el fax; así, los e-mails van sustituyendo progresivamente los tradicionales y ya obsoletos sistemas de comunicación, sin embargo, no parece aceptarse, desde la dirección de las empresas, la utilización privada del correo electrónico en similares términos a los que comúnmente se ha tolerado el empleo del teléfono².

b. El control del uso del correo electrónico individual:

El uso del correo electrónico en las herramientas informáticas propiedad de la empresa plantea, entre otros, los siguientes cuestionamientos:

² En todo caso, las implicaciones de la desviación en el uso de las nuevas tecnologías son mucho mayores para las empresas que las de los medios tradicionales de comunicación (Thibault, J).

- Su utilización para fines privados o personales,
- La sustracción de información confidencial en la empresa,
- La instalación en los equipos informáticos de la empresa de programa no autorizados,
- La posibilidad de que un trabajador acose sexualmente a otro a través del correo electrónico,
- La transmisión de virus informáticos,
- La difamación de empleados a través del e-mail de la empresa.

Respecto del uso del correo electrónico, la jurisprudencia se ha pronunciado en los siguientes aspectos:

- Supone una infracción del deber de lealtad laboral que justifica la decisión empresarial de extinguir el contrato de trabajo, el envío de mensajes de correo electrónico humorísticos, sexistas y obscenos a los compañeros de trabajo y amistades (STSJ Cataluña de 14 noviembre 2000).
- Constituye una transgresión de la buena fe contractual y un abuso de confianza la utilización de medios e instrumentos de la empresa para enviar correos electrónicos considerados obscenos y despreciativos para sus subordinadas (STSJ Cataluña de 5 julio 2000).
- Constituyen conductas contrarias a la buena fe contractual instalar programas informáticos o introducir datos con fines particulares del trabajador en el ordenador de la empresa (STSJ Murcia Sala de lo Social de 15 junio 1999).
- No puede ser sancionada con el despido, la actitud del trabajador consistente en navegar por Internet sin dedicar un tiempo considerable de la jornada laboral, ni descuidar las tareas inherentes a su cargo, ni causar perjuicio económico, ni existan normas o limitaciones respecto al uso de tal medio, aunque las infracciones cometidas constituyen falta grave (STSJ Madrid Sala de lo Social

de 10 octubre 2006).

Por lo tanto, si los medios informáticos ya existen en la empresa nada impide que puedan ser utilizados por los representantes de los trabajadores para el ejercicio correcto de sus funciones. No obstante, el TS ha entendido razonable que la empresa imponga identificar a la persona responsable de la administración de la cuenta de correo, siempre que tal responsabilidad se halle limitada a la custodia y distribución de los mensajes, sin alcanzar al contenido de aquéllos (STC 16 febrero 2010).

Por otro lado la jurisprudencia ha involucrado la negativa al uso del correo electrónico por parte de la representación de trabajadores, con la vulneración del derecho de libertad sindical. Considerando que no es necesario que el derecho al uso de Internet y de la posibilidad de acceder a correos electrónicos, esté establecida en norma legal o convencional puesto que es una derivación del derecho de información sindical, suponiendo la obstaculización de la empresa, un límite injustificado al derecho de libertad sindical (STSJ 23 marzo 2006).

4. Mecanismos de control

Existen mecanismos para la vigilancia y control del uso por los trabajadores de los medios informáticos facilitados por el empleador. Entre esos podemos encontrar:

i. Códigos deontológicos:

Consisten en una sistematización de instrucciones patronales fundamentalmente para regular el uso del correo electrónico y la navegación en internet. El valor de estos códigos está sujeto al poder directivo del empresario. El uso de estos códigos ha venido tomando auge debido a la falta de iniciativa con respecto a las soluciones negociadas. El principal objetivo es que el personal utilice el internet y el correo electrónico en el ejercicio de sus funciones laborales, limitando y regulando el uso particular a sencillas excepciones.

No hay que desconocer la importancia práctica de los códigos deontológicos, pese a que sufren de limitaciones en cuanto a fuente de obligaciones se trata. Siempre que su contenido sea ajustado a Derecho (art. 20.2 ET), la conducta contraria del trabajador puede enfocarse como desobediencia a ordenes empresariales y no solo como transgresión de la buena fe contractual.

Ahora bien, si el código se difunde entre los trabajadores, ya no cabría el argumento de desconocimiento del mismo de cara a una posible excusa por falta de culpabilidad en su comportamiento. Esta alternativa empresarial podría suponer un límite a una eventual responsabilidad civil del empresario por conductas del trabajador en la utilización indebida de los instrumentos tecnológicos.

ii. Negociación colectiva.

Otra alternativa como planteamiento a una posible solución eficaz que deriven del uso de internet y el ordenador en la empresa, actualmente es la negociación colectiva.

Cuando me refiero a eficiencia como elemento resolutivo, tengo en cuenta que esta alternativa sirve para establecer reglas más claras sobre el uso y control de las herramientas tecnológicas; su acercamiento a la realidad hace posible la adaptación de situaciones particulares que existan en la relación laboral, el carácter provisorio que ostenta la negociación colectiva le da un respaldo inigualable a otras alternativas de solución.

En la actualidad, el ordenamiento jurídico laboral no recoge un derecho general al libre acceso y manejo de la red y, consecuentemente, las empresas pueden prohibir que tales herramientas de trabajo sean utilizadas para fines personales, configurándolos exclusivamente como medios para el desarrollo de la prestación personal del servicio. Así, el correo electrónico en la empresa se concibe generalmente como una herramienta de trabajo en este sentido se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2007 (rec. 966/2006)³.

En las disposiciones (anexos o protocolos) que regulan específica y globalmente las cuestiones relativas a las nuevas tecnologías suelen exponerse declaraciones en este sentido: "los medios informáticos, incluido el correo electrónico..., son herramientas de trabajo propiedad de la empresa, tanto en relación con el hardware y con el software instalado como en relación con los contenidos, y como tales herramientas deberán ser considerados, estando destinados los mismos al uso estrictamente profesional en función de los cometidos laborales encomendados al trabajador", en el Convenio de Aldeasa S.A.⁴.

³ Vid, un comentario a esta sentencia en PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL F. y THIBAUT ARANDA, J. *"El uso del ordenador y la buena fe (a propósito de la STS de 26 de septiembre de 2006)"* en Relaciones Laborales, n.º 6, 2008.

⁴ BOE de 5 de enero de 2008. Así también "los trabajadores podrán utilizar estos medios (correo electrónico), con libertad, pero sólo para el desempeño de su puesto de trabajo" en el Convenio de la Fundación Internacional O'Belén (BOE de 6 de junio de 2006); o, en fin, "el correo electrónico constituye una herramienta de trabajo facilitada por la Dirección de la Empresa a los empleados con el fin de desempeñar más eficientemente sus funciones laborales" en el Convenio de Numil Nutrición SRL (BOE de 29 de junio de 2007) y Convenio de Nutricia SRL (BOE de 28 de junio de 2007). En la misma línea, los

Como ya hemos señalado, la regulación del empleo del ordenador en la mayoría de los convenios colectivos que tratan estas cuestiones suele ubicarse en aquellas disposiciones o capítulos dedicados al régimen disciplinario en el que se establecen las tablas de faltas y sanciones que, generalmente, están muy pormenorizadas.

En este sentido, es decir, entre las faltas, se incluyen diferentes fórmulas a través de las cuales se manifiesta la inquietud de los empresarios por evitar que las herramientas tecnológicas suministradas por la empresa se utilicen como un instrumento para satisfacer necesidades diferentes a sus propios intereses empresariales. Esta voluntad se expresa a través de distintas formulaciones como que constituye una falta, generalmente leve o grave. A continuación enunciaré como regulan alguna empresa este tipo de situaciones mediante los convenios colectivos:

- El uso del correo electrónico "para uso particular" (grave), entre otros, en el Convenio para el personal de técnico de mantenimiento de Swiftair S.A (BOE de 21 de junio de 2007) o (muy grave) el Convenio de ECA, Entidad Colaboradora de la Administración, SAU (BOE de 25 de junio de 2008).
- La utilización del correo electrónico cuando se emplee "para usos distintos para los que esté habilitado" (grave), como el Convenio de Decathlon España S.A (BOE de 6 de junio de 2006) o (leve) el Convenio de Grandes Almacenes (BOE de 27 de abril de 2006).
- El empleo de los medios informáticos de la empresa "para la gestión o disfrute no relacionado con la empresa" (grave), en el convenio The Disney Store Spain S.A (BOE de 4 de agosto de 2008).
- "El simple uso para fines privados" (leve) del Convenio del Grupo de Empresas Bureau Veritas (BOE de 12 de abril de 2007).

Convenios de Telefónica Telecomunicaciones Públicas S.A. (BOE de 28 de marzo de 2008) y de Empresa Unidad Editorial, S.A. (BOE de 10 de octubre de 2005).

- El empleo "para uso propio" de los medios materiales y elementos de comunicación (muy grave), Convenio de Consumo, Sociedad Cooperativa Valenciana (BOE de 11 de marzo de 2008).
- La utilización del correo electrónico "para fines distintos de los relacionados con el contenido de la prestación laboral" (leve), Convenio General de la Industria Química (BOE de 29 de agosto de 2007).
- Utilizar el correo electrónico "para usos que no tengan conexión alguna con el trabajo a desempeñar en la empresa" (grave), Convenio de Newco Airport Services, S.A (BOE de 20 de febrero de 2006).

Generalmente en los convenios que incluyen auténticos protocolos de conducta en relación con la utilización de las nuevas tecnologías, no así en los que incluyen referencias a éstas entre las medidas disciplinarias, suele establecerse un régimen de control, por el empresario, del empleo de las herramientas informáticas en la empresa⁵.

Determinar la normativa aplicable en estos casos ha sido una cuestión enormemente controvertida, concretamente, la de saber si en estos casos debe aplicarse el art. 18 ET referente al control de las taquillas y efectos personales del empleado.

iii. Control a distancia:

Una alternativa que cobra más validez y efectividad en la actualidad para controlar las herramientas informáticas en las relaciones laborales, es incorporar mecanismos de vigilancia a distancia a través de sistemas igualmente informáticos.

La manera de operar este tipo de controles se puede hacer a través de los archivos log del servidor, que identifican tanto al generador como al receptor de cada mensaje,

⁵ Tal control no es ya una actividad ajena a la prestación de trabajo, sino un elemento integrante de la prestación misma.

en lo que a correo electrónico trata, el asunto, la extensión (bytes enviados) y la hora de la comunicación. Se trata de una técnica tomada de los controles que se hacían en las empresas para efectos del control de las llamadas telefónicas, donde se podía obtener una lista de las llamadas realizadas por el trabajador desde el teléfono de su puesto de trabajo, lo que permitía saber, por los números marcados si tal llamada era de índole personal o laboral y cuánto tiempo demoraba cada llamada.

En la actualidad existe software que por medio de filtros detectan palabras obscenas en los mensajes de correo electrónico, lo que en este caso daría al empleador una idea clara si se trata de una comunicación profesional. Este tipo de programas son capaces de revisar los contenidos de los correos electrónicos y determinar si los mensajes están relacionados con actividades meramente productivas en consideración con el fin de la empresa o si pueden constituir un delito de fraude, engaño o en mucho de los casos espionaje industrial.

También existen filtros de seguridad en los servidores o redes informáticas de las empresas, que consisten en bloquear palabras de carácter ofensivo o que contengan información confidencial de la empresa, o bien que impidan enviar o recibir mensajes dependiendo del tamaño, el remitente o destinatario, o si el mensaje tiene adjunto algún tipo de virus informático, por ejemplo.

La ventaja de este tipo de métodos es que permiten delimitar la naturaleza del mensaje: si son de índole personal o laboral, sin necesidad de entrar directamente al contenido del mensaje, sino que evita tener que ingresar desde el ordenador del trabajador, que de la misma manera podría constituir una conducta de intromisión a la vida privada de este.

Hay quien dice que a toda empresa que facilite el acceso a internet a sus trabajadores ha de exigírsele que también asuma en escaso coste de preparar sus equipos informáticos para impedir una utilización indeseada (Cardenal, 2001).

El abanico de alternativas para controlar por este medio es bastante amplio. Existen programas por ejemplo, que establecen filtros de seguridad en los servidores o redes informáticas de las empresas, permitiendo controlar y bloquear el acceso de los trabajadores a más de diez millones de direcciones electrónicas sobre sexo, ocio, astrología, juegos en línea, viajes, ofertas de empleo, tiendas virtuales o chats, entre otras; de igual forma llevan un estricto registro de las intenciones de acceder a las mencionadas direcciones.

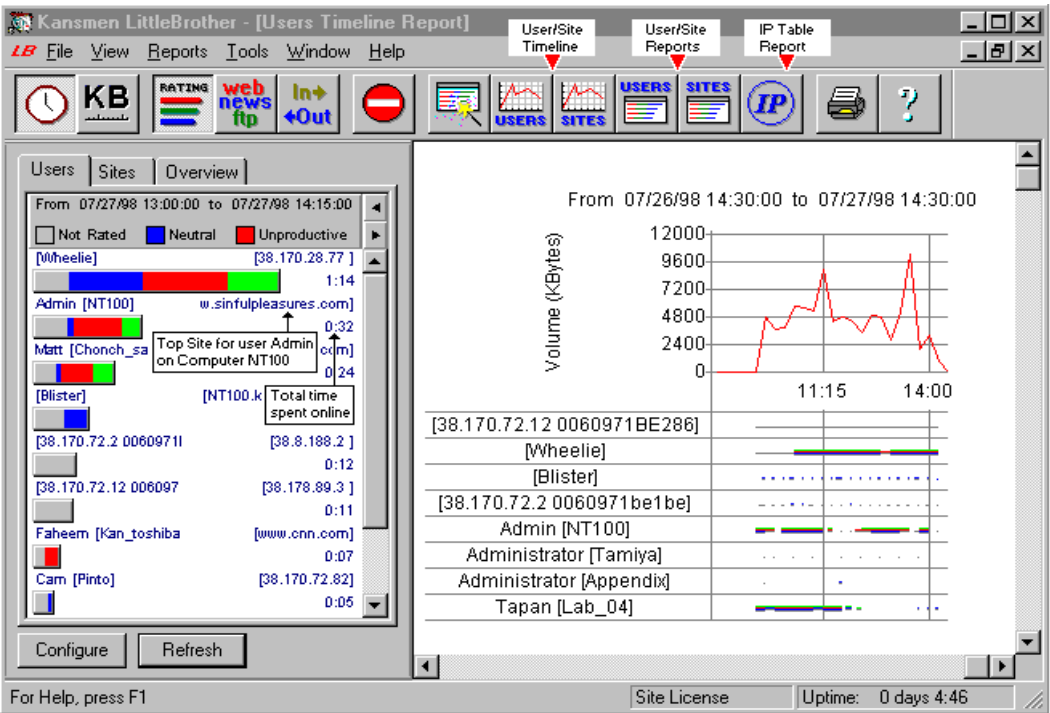
Existe un programa muy utilizado por la empresas llamado LittleBrother que es una herramienta de productividad de la red para permitir a los supervisores de una empresa administrar con precisión y medir su uso de Internet y recursos de red utilizados por los trabajadores, ayudando a asegurar el uso productivo de Internet en la empresa.

De la misma forma clasifica a la mayoría de los sitios de Internet visitados por el trabajador en más de 50 categorías que permiten a los supervisores de las empresas para determinar cuáles son productivas y que sitios son improductivos para cada negocio, de acuerdo con el ámbito industrial y las necesidades del negocio. LittleBrother tasa las actividades del trabajador en Internet, ya sea productivos, improductivos o neutral sobre la base de opciones de configuración. El análisis de costes le permite adjuntar un factor de costo para el tráfico de Internet. Esto le permite obtener una estimación razonable de cuánto cuesta cada ingreso del trabajador a Internet. De igual forma calcula el costo de la pérdida de productividad de la empresa por navegación indebida por parte del trabajador⁶.

En la imagen siguiente se puede observar la interfaz de este software que muestra la mayoría de los usuarios activos durante la última hora en el lado izquierdo.

⁶ <http://www.osinet.fr/littlebrother/lb/Default.htm>

El informe de Línea de tiempo, en el lado derecho, muestra el tiempo empleado por cada usuario en Internet y la utilización de ancho de banda total de Internet.

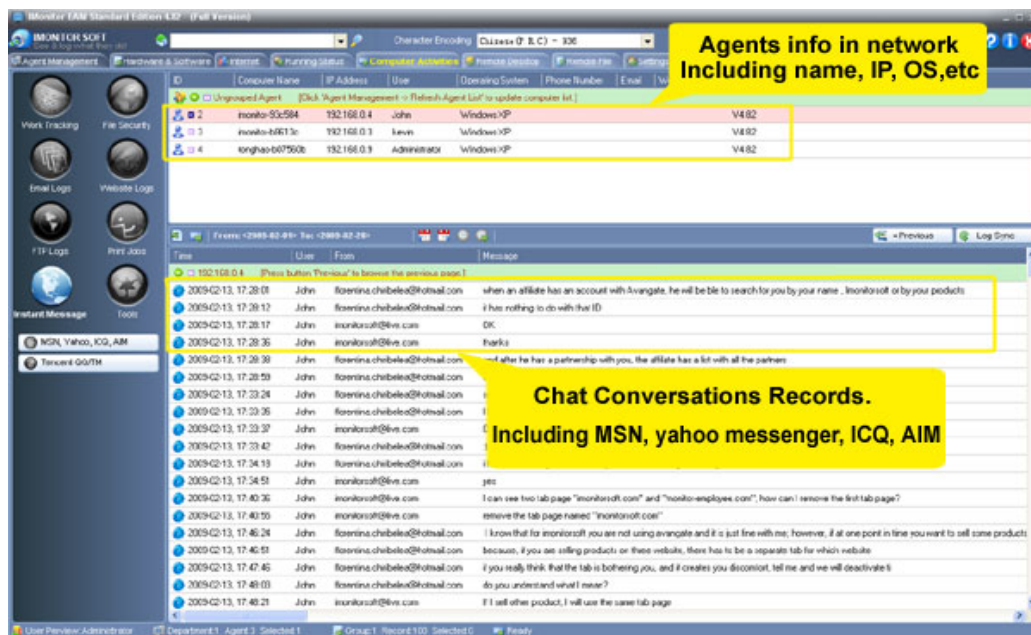


LB Unproductive Users Report					
From 12/30/97 17:45:00 to 12/31/97 18:00:00					
Name	Time	Volume	Main Destination	Cost	Previous Day
Seth [Seth_pc]	6:24	11712 KB	[espn.sportszone.com]	\$192.00	0:23
Admin [NT100]	4:42	76811 KB	[www.jobserve.com]	\$141.00	4:15
[Appendix]	2:45	7418 KB	[www.erosnet.com]	\$82.50	2:37
Cam [Pinto]	0:48	1047 KB	[trex.org]	\$24.00	0:13
Daniel [Daniel_nt40]	0:04	24 KB	[qs.secapl.com]	\$2.00	0:05
[Daniel_win95]	0:02	32 KB	[www.secapl.com]	\$1.00	0:00
Total				\$442.50	

En esta última grafica muestra los usuarios más productivos y el costo asociado a la pérdida de productividad.

Existen otro tipo de aplicaciones similares a la enunciada anteriormente pero que a diferencia de la anterior se activa ocultamente y de forma automática cada vez

que se inicia el ordenador e identifica todas las teclas pulsadas por el trabajador, los programas que se están ejecutando y las ventanas que se encuentren abiertas en cada momento. El *EAM Employee Activity Monitor* reúne estas cualidades⁷. Que a mi juicio y en concordancia con la STC 186/2000, permite el *control oculto* de los las herramientas informáticas utilizadas por los trabajadores.



iv. Control del correo electrónico:

La doctrina sobre el registro de las comunicaciones realizadas a través del correo electrónico no es muy pasiva que digamos, la posición principal es aquella que considera que la facultad empresarial de control está sujeta a los límites impuestos por el ejercicio de los derechos fundamentales en conflicto (STS Sala 4ª de 26 septiembre 2007).

De este modo ha considerado que:

⁷ <http://www.employee-activity-monitor.org/tag/imonitor-eam>

- La falta de prohibición expresa para el uso privado del correo electrónico supone una autorización y, por lo tanto, la investigación efectuada por el empresario vulnera el derecho fundamental a la intimidad (STS Sala 4ª de 28 junio 2006).
- Respecto de la obtención de los medios de prueba mediante el registro de los ordenadores:
 - I. No puede considerarse que constituya un medio de prueba ilícito, ni que vulnere el derecho a la intimidad o al secreto de las comunicaciones del trabajador, la realización de un barrido informático de todo el sistema de la empresa detectándose la utilización del ordenador para realizar conexiones durante el horario laboral a páginas de pornografía de la red de Internet (STSJ Andalucía Málaga Sala de lo Social de 14 diciembre 2001).
 - II. Para comprobar si se ha respetado la intimidad del trabajador en la monitorización y control de las conexiones a Internet debe aplicarse el juicio de proporcionalidad constitucional, debiéndose examinar si se cumplen los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad establecidos por la doctrina constitucional (STSJ Madrid de 31 enero 2002).
 - III. Se considera que el trabajador otorga el consentimiento para el registro cuando, concurren las 2 circunstancias siguientes:
 - a) Que el trabajador tenga comunicación privada ajena al trabajo conscientemente y sabiendo que el empleador puede hacer uso de su facultad de control sobre los mensajes electrónicos.
 - b) Que exista un interés legítimo en el ejercicio del control por parte del empleador.
- v. Control de Internet según la doctrina judicial:

El control de la navegación por Internet realizado desde los ordenadores de la empresa se enfrenta a un problema inicial en cuanto a la propia naturaleza técnica de tal navegación.

La red no es más que la interconexión de distintos ordenadores, que permiten el intercambio de textos y mensajes y ésta puede ser cerrada, en cuyo caso los mensajes e informaciones únicamente pueden ser intercambiados entre los ordenadores que componen el sistema, aunque también el ordenador y la red pueden estar conectados con otros ordenadores externos o con otras redes, entre las cuales la más conocida es Internet.

Dada la dificultad de identificación de los sujetos que utilizan este tipo de comunicaciones, la doctrina judicial ha estudiado caso por caso verificando el cumplimiento del respeto a la intimidad y aplicando el juicio de proporcionalidad. De este modo, ha considerado que:

- a. La instalación de un sistema de control en el ordenador de un trabajador para comprobar su correcta utilización no viola el derecho fundamental a la intimidad personal y a la propia imagen si se trata de una medida justificada, idónea para la finalidad pretendida por la empresa, necesaria por servir de medio de prueba y equilibrada. Además, el hecho de no poner en conocimiento del Comité de Empresa y del trabajador afectado la instalación de un sistema de control del ordenador no produce una violación de derechos fundamentales y de la normativa en materia de obtención de pruebas, ya que ello frustraría la finalidad de la medida (STSJ Cataluña de 23 octubre 2000).
- b. Respecto del derecho a la intimidad ante las nuevas tecnologías, se debe tener en cuenta que, en principio, el control sobre la navegación requiere el conocimiento del trabajador y solo se permite un control oculto si hay fundadas sospechas del abuso por parte del empleado (STC Sala 1ª de 10 abril 2000).

- c. Las medidas de control sobre los medios informáticos puestos a disposición de los trabajadores están dentro de las facultades de dirección y control de la actividad laboral por parte del empresario, las cuales deben ejercitarse con la consideración debida a la intimidad y dignidad del trabajador. Esta garantía de intimidad se extiende también a los archivos personales del trabajador que se encuentran en internet, por lo que la empresa no puede, sin previa advertencia sobre el uso y el control del ordenador, recoger dicha información y utilizarla para justificar un despido (STS Sala 4ª de 26 septiembre 2007).

Por otro lado el control individual de los ordenadores y el tratamiento de la información obtenida deberán ser acordes con la normativa sobre protección de datos de carácter personal puesto que la información individual relativa a la navegación, duración y lugares visitados, son datos personales en los términos de la indicada normativa.

vi. Control de archivos personales y la consecuencia penal:

El acceso a los archivos que, bien por el nombre o por su ubicación en carpetas o directorios, su nombre se pueda entender que son ajenos a la actividad laboral, y lo por tanto de carácter personal, queda vedado al acceso empresarial.

Los archivos personales del trabajador que se encuentran en Internet tienen garantía de indemnidad por lo que la empresa no puede, sin previa advertencia sobre el uso y el control del ordenador, recoger dicha información y utilizarla para justificar un despido (STS Sala 4ª de 26 septiembre 2007). No obstante, ciertas situaciones merecen su supervisión, cuando por su contenido o por el manejo que del mismo se haga, genere o pueda generar algún tipo de responsabilidad empresarial frente a terceros, como pueden ser:

- La introducción de aplicaciones informáticas sin licencia comercial o piratas.

- Ficheros que contienen creaciones protegidas por derechos de autor como los archivos MP3 de música.
- Conductas de mero intrusismo informático o hacking.
- Conductas que llevan aparejado el apoderamiento de información o cracking.
- Conductas de sabotaje informático, por ejemplo a través de la transmisión masiva de correspondencia electrónica
- Cualquier otra forma que provoque daños en el sistema informático de un tercero. Entre otras.

Estas conductas encuentran tipificadas penalmente en el artículo 264 del Código Penal, que establece que el que por cualquier medio, sin autorización y de manera grave borrarse, dañase, deteriorase, alterase, suprimiese, o hiciese inaccesibles datos, programas informáticos o documentos electrónicos ajenos, cuando el resultado producido fuera grave, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años.

Igualmente, el que por cualquier medio, sin estar autorizado y de manera grave obstaculizara o interrumpiera el funcionamiento de un sistema informático ajeno, introduciendo, transmitiendo, dañando, borrando, deteriorando, alterando, suprimiendo o haciendo inaccesibles datos informáticos, cuando el resultado producido fuera grave, será castigado, con la pena de prisión de seis meses a tres años.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis del Código Penal una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en este artículo, se le impondrán las penas de multa del doble al cuádruple del perjuicio causado, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de dos años y del doble al triple del perjuicio causado, en el resto de los casos.

Por otro lado, en la medida en que los ficheros puedan revelar aspectos personales relacionados con la intimidad del trabajador, es dable entender que deberán

existir sospechas razonadas para proceder a sus registros debiendo observarse las prescripciones derivadas del principio de proporcionalidad, de modo que será precisa la presencia de indicios razonables acerca de la comisión del ilícito.

5. *Efecto probatorio*

A. Pruebas electrónicas:

La irrupción de las nuevas tecnologías y la evolución de los sistemas de información y de las telecomunicaciones han aumentado de una forma vertiginosa la creación de documentos digitales en las relaciones laborales y en todo tipo de organizaciones en general.

Las pruebas tradicionales están migrando desde el soporte "papel" hacia un entorno virtual. Además, la prueba electrónica está adquiriendo una mayor importancia en los procesos judiciales. Por ello, con el fin de asegurar y preservar la admisibilidad de las pruebas electrónicas en un proceso judicial, es necesario que se cumplan una serie de requisitos:

- Legitimidad: La prueba debe ser capaz de ser usada y admitida por el Juez en un procedimiento judicial, por lo que es imprescindible la utilización de los procedimientos y tecnologías necesarias para una correcta obtención y presentación de pruebas.
- Autenticidad. Es necesario establecer una relación directa entre la prueba y el hecho que se trata de probar; de no ser así, ésta no podrá ser utilizada en el procedimiento judicial.
- Integridad. Debido a la gran vulnerabilidad y volatilidad de las pruebas electrónicas y con el objetivo de salvaguardar la admisibilidad de éstas en el proceso judicial, es necesario durante todo el proceso de adquisición y análisis, preservar la integridad de los medios de almacenamiento originales no alterando ni un solo bit del medio tecnológico y aportar los mecanismos de seguridad necesarios para demostrar su integridad.
- Claridad. La intangibilidad de las pruebas electrónicas, unida a su gran componente tecnológico, exige a los expertos presentarlas de forma

comprensible para las partes intervinientes, que no necesariamente han de tener conocimientos de informática.

Por otro lado, el creciente número de gestiones laborales desarrolladas a través del uso del ordenador y en concreto, a través del correo electrónico e Internet, hacen que los Tribunales asuman, sin mayor comentario, su eficacia y valor probatorios en todo tipo de procedimientos judiciales, dando por bien hecha la utilización de estos nuevos canales de comunicación e información entre empresarios y trabajadores (STSJ Cataluña Sala de lo Social de 6 octubre 2005).

B. El registro de los ordenadores de la empresa a la luz del artículo 18 E.T. en concordancia con la STS de 26 de septiembre de 2007:

Para analizar la solución adoptada por el Tribunal Supremo, es conveniente repasar las diferentes interpretaciones que los tribunales han venido manteniendo hasta antes de esta resolución respecto de los registros informáticos y la aplicación analógica del art. 18 ET.

La mayoría ha considerado aplicable a estos supuestos lo dispuesto en el art. 18 ET. El razonamiento, sintetizado al máximo, es el siguiente: exige al menos adoptar las cautelas previstas en el art. 18 ET pues a la computadora se le debe atribuir la cualidad de efecto personal del trabajador en tanto resulta susceptible de contener información de carácter personal. En definitiva, aunque no sean perfectamente identificables las taquillas y los ordenadores, deben seguirse las prescripciones del art. 18 ET en los registros⁸. De hecho, puede citarse un caso muy parecido al que nos ocupa,

⁸ Sobre los límites del control empresarial y las NTICS véase, Fernández Villazón, *"Las facultades empresariales de control de la actividad laboral"*, 2003; Luján Alcaraz, J., *"Uso y control en la empresa de los medios informáticos de comunicación"*, Tomo V, 2001; Martínez Fons, D., *"El control empresarial del uso de las nuevas tecnologías en la empresa"*, Relaciones Laborales y Nuevas Tecnologías, La Ley, 2005, págs. 185-237; Ramón Luján, H.V., *"La intimidad de los trabajadores y las nuevas tecnologías"*, Relaciones Laborales, Tomo II, 2003; Roqueta Buj, R., *"Uso y control de los medios tecnológicos de información y comunicación en la empresa"*, Tirant lo Blanch, 2005; Sempere Navarro, A.V. y San Martín Mazzucconi, C.,

conocido en la STSJ Castilla-La Mancha de 17 mayo 2006: el ordenador se retira de la oficina y se lleva ante notario para extraer su contenido, pero como no consta el modo en que se accedió al mismo se considera que este control ha vulnerado el derecho a la intimidad del trabajador.

Es comprensible que ante las innumerables dudas que asaltan a quienes tienen que decidir si es lícito o no verificar el contenido de los mensajes del correo electrónico del trabajador, se acuda a una figura conocida que en alguna medida parece contemplar una situación parecida, y se aferre a ella. Los límites propuestos por el art. 18 ET son razonables también para los registros informáticos, y ofrecen algo importantísimo en esta materia: seguridad jurídica. Lo mismo sucede en relación con el control de las páginas web visitadas por los trabajadores, admitiéndose que el empresario pueda acceder a la memoria del ordenador desde el cual el empleado se conecta a Internet siempre que lo haga conforme a los postulados del art. 18 ET.

Respecto de los registros de ordenadores de la empresa puestos a disposición de los trabajadores para la realización de su trabajo, quienes mantienen la aplicación analógica del art. 18 ET lo hacen entendiendo todos los elementos en su sentido más amplio⁹. Aunque hay quienes admiten que dicho precepto no se ajusta exactamente al registro de ordenadores, porque parte del presupuesto de una sustracción de bienes de la empresa que aquí no hay, resuelven el problema con una interpretación amplia de lo que sea la necesidad de protección del patrimonio empresarial¹⁰. Este criterio

"Nuevas Tecnologías y Relaciones Laborales", Aranzadi, 2002; Thibault Aranda, J., *"Control multimedia de la actividad laboral"*, Tirant lo Blanch, 2006.

⁹ A favor de la aplicación del artículo 18 al registro informático véase entre otras SJS Madrid núm. 33 18 septiembre 2002; SSTSJ Andalucía/Málaga 25 febrero 2000, Cantabria 20 y 23 febrero 2004, Cantabria 26 agosto 2004; Cataluña 22 julio y 21 septiembre 2004. En contra, y más minoritariamente, STSJ Madrid 13 noviembre 2001; STSJ Cataluña 5 julio 2000.

¹⁰ La aplicación del artículo 18 ET al control del ordenador no es pacífica: mientras que algunos autores afirman su inaplicabilidad por tratarse de herramientas de trabajo. Sanfulgencio Gutiérrez, J.A., *"Es privado el Email"*, Boletín del Ilustre Colegio de Graduados Sociales de Madrid, núm. 37, 2002, pág. 33. Sempere Navarro, A.V. y San Martín Mazzucconi, S., *"Nuevas Tecnologías..."*, op. cit. págs. 88 y 89), otros defienden su aplicación en determinados supuestos Agut García, C., *"Las facultades empresariales de vigilancia y control sobre los útiles y herramientas de trabajo y otros efectos de la empresa"*, Tribuna Social,

mayoritario es el que se sigue en la decisión recurrida, que confirma la de instancia dictada en el mismo sentido.

Frente al criterio expuesto, algunos pronunciamientos niegan que resulten exigibles los límites del art. 18 ET, pero por entender que no se está ante efectos personales del trabajador sino de instrumentos de trabajo propiedad de la empresa, y por ello el empresario puede acceder libremente a su contenido. La intimidad de los trabajadores sólo estaría garantizada en taquillas u otros sitios específicamente destinados a albergar sus efectos personales¹¹. En este sentido, la STSJ Madrid de 13 de noviembre de 2001 (AS 2002, 471) mantiene, respecto de los registros de correo electrónico, que "las garantías previstas en el citado artículo 18 no pueden extenderse, en ningún caso, a la utilización de los ordenadores que la empresa asigna a sus empleados, ya que tal útil de trabajo no puede considerarse como un efecto personal". En relación con el control de páginas web visitadas la misma sentencia del TSJ Madrid admite sin más la licitud de los controles realizados sobre los ordenadores para verificar la actividad de los trabajadores en Internet. Sobre el registro de ordenadores puede citarse la STSJ Cataluña 5 julio 2000 (AS 2000, 3452), en la que se concluye que "no se ha practicado ningún registro personal ni en taquillas o efectos particulares de los actores, es decir en aquellos ámbitos en que la privacidad está garantizada, sino que se ha llevado a cabo una auditoría interna sobre los ordenadores que utilizaban los actores para su trabajo, pero propiedad de la empresa, y con el consentimiento de los mismos".

núm 163, 2004, pág. 31; Fernández Villazón, L.A., *"Las facultades..."*, op. cit., pág. 112; Martínez Fons, D., op. cit., pág. 207; Roqueta Buj, R., *Uso y...*, op. cit., pág. 69; Thibault Aranda, J., op.cit., pág. 113.

¹¹ Desde esta premisa aclara el Tribunal que no es preciso justificar el registro del ordenador caso por caso, porque la legitimidad del control deriva del carácter de instrumento de producción del objeto del ordenador y directamente del artículo 20.3 ET; ni es necesaria la presencia del trabajador porque no lo exige este artículo y porque su ausencia no se considera contraria a su dignidad; ni el control debe realizarse en el centro y en las horas de trabajo porque esta exigencia se justifica sólo por la necesidad de limitar esa facultad excepcional de policía que se confiere al empresario; ni debe estar presente un representante de los trabajadores o un trabajador de la empresa, pues esta medida no se relaciona con la protección del trabajador registrado sino que se configura como una garantía de objetividad y de la eficacia de la prueba, lo que, parece, para el Alto Tribunal se circunscribe al art. 18 ET (F.J.Tercero)

En la Sentencia que comentamos, el Tribunal Supremo descarta el criterio mayoritario, y se inclina por el que hasta ahora ha sido casi marginal, afirmando la inaplicabilidad del art. 18 ET pero garantizando la salvaguarda del derecho a la intimidad del trabajador. De algún modo, el Tribunal nos proporcionó un velado avance de su posición en la sentencia de 28 junio 2006, en la que reconoció que la presencia de los representantes de los trabajadores en el momento del registro de un ordenador da más garantía de veracidad a su resultado, lo que ya parecía sugerir que dicha presencia resulta conveniente, más no preceptiva en los términos del art. 18 ET (Thibault, 2006)¹².

El Tribunal parte de una premisa fundamental: los registros informáticos forman parte del poder directivo ordinario del empresario. Según el art. 20.3 ET, éste ostenta la facultad de adoptar las medidas que considere oportunas para vigilar el cumplimiento de las obligaciones laborales por los trabajadores, y eso es lo que sucede cuando se controla el uso de herramientas de trabajo de naturaleza informática. En cambio, los registros contemplados en el art. 18 ET constituyen una facultad "exorbitante y excepcional" del empresario, que excede del marco del art. 20 ET.

Para apoyar esta afirmación, destaca el Tribunal Supremo que "tanto la persona del trabajador, como sus efectos personales y la taquilla forman parte de la esfera privada de aquél y quedan fuera del ámbito de ejecución del contrato de trabajo" al que se extienden los poderes directivos.

Para estos efectos surge un importante interrogante: ¿Es lo mismo registrar una taquilla o un bolso que registrar el archivo de mensajes de una cuenta de correo o los documentos almacenados en la memoria del ordenador? Parece que no, porque aunque en ambas clases de casos puedan encontrarse allí elementos personales del trabajador, la finalidad del contenido es distinta. El art. 18 ET establece todos esos

¹² En sentido contrario, Falguera i Baró, M.A., *"Uso por el trabajador del correo electrónico de la empresa para fines extra-productivos y competencias de control del empleador"* Relaciones Laborales, Tomo II, 2000, pág. 475

límites y pautas de prudencia porque lo que está permitiendo es el registro de efectos personales de los trabajadores, y de taquillas cuyo objeto es justamente albergar elementos que pertenecen al ámbito privado de los empleados. Se sabe de antemano que habrá una intromisión en la intimidad del trabajador, y se permite siempre que se cumplan todas las garantías que el precepto establece. Por el contrario, la cuenta de correo electrónico o el ordenador de la empresa son instrumentos de trabajo y su finalidad no es contener mensajes o archivos personales del trabajador, y por tal motivo resulta forzada la voluntad de encajar el supuesto en la norma laboral. Lo mismo sucede con Internet: la red no tiene la finalidad de guardar elementos personales de los empleados; de hecho, su uso estrictamente regular en tiempo y lugar de trabajo determinaría que sólo se utilizara para consultar páginas relacionadas con la prestación de servicios y no con la vida privada del trabajador. Desde tal punto de vista, no tiene sentido aplicar a este instrumento de trabajo todos los límites que el art. 18 ET establece para el control sobre efectos personales.

El hecho de que pueda existir un margen de tolerancia en el uso extra-laboral del correo, de Internet o del ordenador no altera la naturaleza de estos instrumentos, que siguen siendo estrictamente de trabajo¹³. En realidad, se trata simplemente de trasladar al ámbito informático lo que ya se hacía con los teléfonos móviles de empresa, para los que en muchos casos los trabajadores disponen de un doble pin de entrada según que la llamada que vayan a realizar sea de naturaleza personal o profesional.

¹³ Recordemos que el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en Sentencia de 5 julio 2000 (AS 2000, 3452), al enjuiciar el despido de un trabajador que usó el correo electrónico a pesar de que había sido avisado de que no estaba autorizado el uso por motivos ajenos a la empresa, declaró ya que tal advertencia era "innecesaria, ya que, con carácter genérico, establece el art. 5.a) del Estatuto de los Trabajadores que los trabajadores deben cumplir con las obligaciones concretas de su puesto de trabajo de conformidad con las reglas de la buena fe y diligencia, lo que lógicamente excluye la realización en horario laboral de actividades ajenas al puesto de trabajo». También la STSJ Andalucía/Málaga 25 febrero 2000 (AS 2000, 562): el ordenador "es un instrumento de trabajo propiedad de la empresa que no debe ser utilizado para otros fines distintos y diferentes que la realización de la actividad laboral". En el mismo sentido, el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas (Sala Tercera), sentencia de 18 de octubre de 2001, se refiere a la «obligación del empleado (...) de utilizar los instrumentos de los que dispone, en principio, sólo con fines profesionales".

Sobre la base de estos razonamientos, el Tribunal Supremo desmonta una a una las disposiciones del art. 18 ET para su aplicación a los registros informáticos:

- a) No hace falta que esté en juego la protección del patrimonio empresarial y de los demás trabajadores de la empresa. La justificación en estos casos deriva del derecho empresarial de comprobar el cumplimiento de las obligaciones laborales. Aunque se añade también la necesidad de coordinar y garantizar la continuidad de la actividad laboral en los supuestos de ausencias de los trabajadores, el Tribunal finaliza su reflexión manteniendo que, en realidad, el control empresarial de un medio de trabajo no requiere de una justificación específica caso por caso, a diferencia de lo que ocurre con los supuestos del art. 18 ET.
- b) El respeto a la dignidad humana reclamado en el art. 18 ET, constituye en realidad una exigencia general para todas las formas de control empresarial, y se reitera en el art. 20.3 ET. El hecho de que el registro se llevara a cabo sin la presencia del trabajador no supone un ataque a su dignidad.
- c) La realización del registro en tiempo y lugar de trabajo tiene sentido en el marco del art. 18 ET, como límite adicional para una potestad empresarial que desborda el marco de sus poderes ordinarios. No se trata de una exigencia vinculada a preservar el derecho a la intimidad del trabajador, por lo que no resulta aplicable a los registros informáticos.
- d) La presencia de un representante de los trabajadores o de un trabajador de la empresa tampoco cumple una función garantista del derecho a la intimidad del registrado, sino que aporta objetividad y garantiza la eficacia de la prueba. Por el mismo motivo, no se exige entonces esta presencia de terceros para proceder a los registros informáticos.

C. Consecución de pruebas:

No podemos desconocer que la obtención ilícita de medios de prueba por parte del empresario y los derechos fundamentales del trabajador, existe un íntimo vínculo. Por ello es preciso, teniendo en cuenta las relaciones entre el poder de control y vigilancia empresarial de la que hablamos en el capítulo anterior y el debido respeto al derecho a la intimidad y la consideración debida a la dignidad del trabajador, llegar a un punto de equilibrio entre ambos bienes jurídicamente tutelados.

En este sentido se manifiesta la jurisprudencia constitucional al afirmar que el contrato de trabajo no legitima recortes de los derechos fundamentales del trabajador que adoptan una posición preeminente, de forma tal que se produce una suerte de limitaciones recíprocas que equilibran las relaciones entre ambos (STC 292/1993, de 18 de octubre y STC 6/1998, de 21 de enero, STC 88/1985, de 19 de julio [RTC 1985, 88] y STC 99/1994, de 11 de abril [RTC 1994, 99]). Así, es importante el hecho de no distorsionar la forma en la que se obtiene la prueba, y por consiguiente la calificación de la misma, de la calificación que debe otorgarse al despido. En tanto que la prueba se instrumenta a la consecución de un fin específico, cual es la acreditación de una causa justa para despedir, la vulneración de derechos y libertades fundamentales en la obtención de la misma, que implica su ilicitud, debe viciar de nulidad, igualmente, el instituto jurídico al que se vincula. El fundamento que radica en la base de tal afirmación es la garantía del derecho a la indemnidad del trabajador.

En cuanto al consentimiento se refiere, derechos como el de intimidad poseen una frontera protectora movable, en función del lugar en que la sitúe su titular consintiendo que el resto de sujetos se adentren más o menos.

Considero una opción más adecuada a los parámetros constitucionales en especial en aras del principio de seguridad jurídica es la de exigir consentimiento

expreso en un doble momento¹⁴. En primer lugar, en relación con la prohibición de utilización del equipo informático para finalidades privadas y la obligación de un uso exclusivamente profesional, con la posibilidad de controlar el cumplimiento de esa obligación. Y, en segundo lugar, consentimientos expresos, puntuales; es decir, cada vez que el empresario considere que existe algún indicio de incumplimiento de aquella obligación y pretenda comprobar si es cierto o no. En este segundo supuesto, ante la negativa del trabajador a que el empresario acceda al ordenador que tiene asignado, y para garantizar la no vulneración de derecho fundamental alguno, una opción interesante sería la presencia obligatoria de los representantes de los trabajadores y la utilización, si no pudiera estar ninguno de ellos, y durante el tiempo necesario para que concurra, de medios técnicos para que el trabajador no pudiera acceder al equipo informático y alterar posibles elementos de prueba.

Por último, en la actualidad, al encender los equipos informáticos de propiedad de la empresa al uso del trabajador y acceder a la red, para poder utilizarlos, aparece un mensaje en pantalla en el que se informa de dos aspectos relacionados con los mismos. Por un lado, que la utilización de los ordenadores se limita, exclusivamente, a finalidades de tipo productivo, prohibiendo su uso para fines privados, y, por otro, que, a efectos de comprobar el seguimiento de lo antedicho, se resalta la posibilidad de controlarlos.

El hecho de que cada vez que se enciende el ordenador aparezca este mensaje, y se pulse la ventana "OK" (única vía para poder acceder al uso del equipo informático y además acción que con el hábito repetitivo y rutinario acaba por convertirse en acto reflejo), no debiera entenderse, a mi juicio, como un consentimiento expreso del trabajador a ser controlado, en cualquier momento, y sin previo aviso explícito (más allá del mensaje que aparece en pantalla), que legitime la actuación empresarial. Y mucho

¹⁴ En referencia al correo electrónico, pueden verse las propuestas realizadas en COLÀS NEILA, E.: "*Poderes empresariales*.... op. cit., pgs. 40 y ss

menos debe entenderse la falta de queja o reivindicación alguna al respecto como consentimiento implícito que autorice la medida de obtención de la prueba en dado caso.

6. Análisis jurisprudencial del Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo:

i. Análisis jurisprudencial control empresarial vs derecho a la intimidad.

Los Tribunales Constitucional y Supremo se han pronunciado respecto a al control empresarial y el derecho de intimidad que el trabajador posee. Respecto al Tribunal Constitucional, este reconoce el derecho a la intimidad del trabajador en sentencias como la 202 de 1999 donde se hace referencia al artículo 18.1 C.E, el cual configura el derecho a la intimidad personal. El tribunal expresa que el derecho fundamental a la intimidad se encuentra ligado a la dignidad de la persona y que alcanza tanto a la intimidad personal stricto sensu, como a determinados aspectos de la vida de terceras personas que inciden en la propia esfera de desenvolvimiento del individuo (STC 202, 1999).

Posteriormente, en la sentencia 98 del 2000, el Tribunal establece que "el derecho a la intimidad no es absoluto, como no lo es ninguno de los derechos fundamentales, pudiendo ceder ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte que aquél haya de experimentar se revele como necesario para lograr el fin legítimo previsto, proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho" y por tal razón, el empresario tiene la facultad de adoptar medidas que estime oportunas para la vigilancia y control, con el fin de verificar el cumplimiento de las obligaciones de los trabajadores. Sin embargo, el Tribunal reconoce que dichas medidas pueden convertirse en una violación al derecho a la intimidad del trabajador, por lo que expresa que hay que revisar cada caso en concreto para ver si las medidas de vigilancia y control respetan o no dicho derecho. Asegura igualmente que el colocar cámaras en lugares de descanso o esparcimiento, vestuario, aseos, comedores y análogos configura una violación al derecho de intimidad de los trabajadores. Por lo cual, estas medidas no pueden ser constituidas como aceptables para el control y la vigilancia. Por último, expresa nuevamente el Tribunal que se debe hacer uso del principio de proporcionalidad para ponderar el interés empresarial

merecedor de tutela y protección y el derecho fundamental a la intimidad del trabajador (STC 98, 2000).

Así mismo en la sentencia TC 186 del 2000, que presenta un supuesto factico similar a la anterior sentencia, el Tribunal reafirma lo dicho en la STC 98 del 2000 agregando que las actividades organizativas y disciplinarias del empleador no pueden servir en ningún caso a la producción de resultados inconstitucionales, lesivos a los derechos fundamentales del trabajador y nuevamente expresa que para resolver los supuestos facticos donde se ven en colisión el derecho empresarial y el derecho de intimidad es necesario realizar un juicio de proporcionalidad en sentido estricto (STC 186, 2000).

Más adelante, el Tribunal Constitucional en su sentencia 241 del 2012 expresa que el derecho a la intimidad no solo preserva al individuo de la obtención ilegítima de datos, sino también la revelación, divulgación o publicidad no consentida de esos datos. Por otro lado, analiza el derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) que también constituye una forma del derecho a la intimidad. El Tribunal ha dicho que este derecho consagra la interdicción de la interceptación o del conocimiento antijurídico de las comunicaciones ajenas. Concretamente, en relación con la utilización de ordenadores o medios informáticos de la empresa por parte de los trabajadores el empresario en el ejercicio de sus facultades de auto-organización, dirección y control puede fijar condiciones de uso de los medios informáticos asignados a cada trabajador, siempre con el pleno respeto a los derechos fundamentales. El Tribunal ha dicho que no puede existir intromisión del empresario en la mensajería o datos personales de los trabajadores si este uso particular ha sido permitido. También afirma que en el desarrollo de la prestación laboral pueden producirse comunicaciones entre el trabajador y otras personas cubiertas por el derecho al secreto del art. 18.3 CE (STC 241, 2012).

Otra sentencia importante del Tribunal Constitucional respecto al tema es la STC 170 del 2013 donde nuevamente se discute sobre el derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones del trabajador frente al derecho empresarial y el sistema de control y vigilancia de la empresa. Respecto a esta posible colisión de intereses el Tribunal pone de relieve la necesidad de que “los órganos judiciales preserven el necesario equilibrio entre las obligaciones del trabajador dimanantes del contrato de trabajo y el ámbito de sus derechos y libertades constitucionales, pues, dada la posición preeminente de éstos en el Ordenamiento jurídico, en cuanto proyecciones de los núcleos esenciales de la dignidad de la persona (art. 10.1 CE) y fundamentos del propio Estado democrático (art. 1 CE), la modulación que el contrato de trabajo puede producir en su ejercicio ha de ser la estrictamente imprescindible para el logro de los legítimos intereses empresariales, y proporcional y adecuada a la consecución de tal fin” (STC 170, 2013 citando STC 213, 2002). Así, el Tribunal expresa implícitamente la implementación del principio de proporcionalidad para poder resolver posibles colisiones entre el derecho a la intimidad y el derecho empresarial.

Luego, el Tribunal refiriéndose al uso personal del trabajador de los medios informáticos que le facilita el empleador, el Tribunal ha dicho que en caso que en el Convenio Colectivo de la empresa exista la prohibición expresa de dicho uso personal, el poder de control de la empresa sobre las herramientas informáticas de titularidad empresarial puestas a disposición de los trabajadores podía ejercerse legítimamente. Por lo cual, en estos casos el trabajador queda fuera de la protección constitucional del art. 18.3 CE. Sin embargo, respecto al art. 18.1 CE referente a la intimidad, el Tribunal analiza la injerencia que puede tener el empleador en los mensajes de correo electrónico del trabajador, ya que el derecho a la intimidad es aplicable al ámbito de las relaciones laborales. Así, el Tribunal expresa que el uso del correo electrónico por los trabajadores en el ámbito laboral queda dentro de la protección del derecho a la intimidad y que serán

las circunstancias de cada caso las que determinen si su fiscalización ha generado o no vulneración de este derecho por parte de la empresa (STC 170, 2013).

Por último, el Tribunal en la sentencia 39 del 2016 hace referencia al derecho a la intimidad personal propiamente dicho y el derecho a la protección de datos (art. 18.4 CE), este ultimo consiste en “un poder de disposición y control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporciona a un tercero, sea el Estado o un particular” (STC 39, 2016 citando STC 292, 2000). El Tribunal ha dicho que las facultades de control empresarial permiten la implantación de la video-vigilancia laboral sin que se vea violentado el derecho a la protección de datos, cuando hay un aviso tácito (distintivo informativo) o expreso de la implantación de dicha medida. Y respecto a si el empleo de medios de captación y grabación de imágenes por la empresa respeta o no el derecho a la intimidad personal, el Tribunal ha dicho que es necesario hacer uso del principio de proporcionalidad. Para esto “basta recordar que para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple tres requisitos: si tal medida es susceptibles de conseguir el objetivo propuesto; si es necesaria para la consecución de tal propósito con igual eficacia; y si la misma es ponderada o equilibrada” (STC 39, 2016).

A partir de lo establecido en las diferentes sentencias del Tribunal Constitucional, respecto a la situación en que exista colisión entre el derecho de la intimidad personal del trabajador y el derecho empresarial, es posible concluir que en el supuesto que haya una autorización expresa del empleador de hacer uso personal de los medios informáticos de la empresa, este no puede realizar dichos actos de control y vigilancia; mientras que, en el caso de haber prohibición expresa de dicho uso personal el poder de control del empleador es legítimo. Lo que queda en duda es que sucede cuando no existe ni permiso ni prohibición, ya que el Tribunal Constitucional no hace referencia a ese supuesto fáctica. Sin embargo, queda claro que en todos los casos que

se presenten donde pueda existir la colisión de derechos planteada es estrictamente necesario aplicar el principio de proporcionalidad para no recaer en decisiones injustas que afecten considerablemente un derecho u otro.

Por otro lado, respecto a los pronunciamientos del Tribunal Supremo, este se refiere al tema de la intimidad del trabajador versus el derecho empresarial en sentencias como la STS del 26 de septiembre del 2007, donde ha dicho que el uso por el trabajador de los medios informáticos facilitados por la empresa pueden producir conflictos afectando la intimidad del trabajador, tanto en el caso del uso del correo electrónico como en la navegación por internet y el acceso a determinados archivos del ordenador, cuyo control puede también pueden afectar el derecho del secreto de las comunicaciones. El tribunal establece que al ser medios que son propiedad de la empresa que la misma facilita para el uso laboral, su uso queda dentro del ámbito del poder de vigilancia del empresario, pero siempre respetando la dignidad del trabajador. Sin embargo, establece que la empresa debe, de acuerdo a las exigencias de buena fe, proporcionar previamente las reglas de uso de los medios informáticos e informar a los trabajadores que va a existir un control de ese uso. De esta manera, si el medio informático se utiliza para usos privados, en contra de las prohibiciones y con conocimiento de los trabajadores de la existencia de dichas prohibiciones, no podrá entenderse que al realizarse un control y vigilancia del uso de dichos medios se habrá vulnerado “una expectativa razonable de intimidad”. Por último, afirma que las comunicaciones telefónicas y el uso del correo electrónico se encuentran en el ámbito de protección constitucional del secreto de las comunicaciones y que la garantía de la intimidad se extiende a los archivos personales del trabajador que se encuentren contenidos en los medios informáticos, al igual que los archivos temporales derivados de la navegación en internet (STS sala N° 4, 26 de septiembre del 2007).

En la sentencia TS del 6 de octubre de 2011 se plantea la situación en la que admitida e informada la facultad de control del empresario y la prohibición absoluta del

uso personal de los medios informáticos, existe o no un derecho del trabajador a que se respete su intimidad cuando utiliza el ordenador para fines personales en contra de la prohibición o con una advertencia explícita o implícita de control. A lo que el Tribunal ha dicho que “si no hay derecho a utilizar el ordenador para usos personales, no habrá tampoco derecho para hacerlo en unas condiciones que impongan un respeto a la intimidad o al secreto de las comunicaciones, porque, al no existir una situación de tolerancia del uso personal, tampoco existe ya una expectativa razonable de intimidad y porque, si el uso personal es ilícito, no puede exigirse al empresario que lo soporte y que además se abstenga de controlarlo” (STS sala N° 4, 6 octubre del 2011).

Al igual que el Tribunal Constitucional, el Tribunal Supremo establece que en caso de que exista una prohibición expresa del empleador de no hacer uso de los medios informáticos para un uso personal, es posible ejercer por parte del mismo unos mecanismos de control y vigilancia que serán considerados legítimos, ya que no existe una expectativa razonable de intimidad. Por lo tanto, en el caso de no existir tal prohibición, se entiende que el derecho a la intimidad del trabajador debe ser respetado, de manera que no se pueden imponer mecanismos de control y vigilancia que violenten este derecho a la intimidad o el derecho del secreto de las comunicaciones.

Capítulo II. CONTROL EMPRESARIAL VS INTIMIDAD DEL TRABAJADOR: ANALISIS JURISPRUDENCIAL DE COLOMBIA

1. *Derecho a la intimidad una mirada jurisprudencial*

El derecho a la intimidad ha sido definido como el derecho a no ser molestado, a guardar reserva, a mantener una vida privada sin la injerencia de otras personas. Adquiere relevancia cuando aparece la tensión individuo-comunidad, en la medida en que los hechos o actividades personales no conocidos por los demás resultan sustraídos y se hacen valer frente a otros, causando perturbación al momento de ser revelados .

Es importante tener en cuenta que instrumentos internacionales ratificados por Colombia definen y garantizan el derecho a la intimidad, lo cual resulta vinculante para el Estado colombiano en virtud del bloque de constitucionalidad. Ejemplo de estos son la Declaración Universal de los Derechos Humanos aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948 (artículo 12), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (artículo 17), la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 (artículo 11), instrumentos firmados y ratificados por nuestro país. Estos artículos de los diferentes instrumentos se establece que nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia ni de ataques a su honra o a su reputación y que toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques.

No obstante, el contenido del derecho ha sido determinado por cada país de forma independiente, y la protección puede ser más amplia en algunas legislaciones.

En Colombia el derecho a la intimidad tiene rango constitucional, está contemplado en el artículo 15 en que se indica a grandes rasgos que toda persona tiene

derecho a su intimidad personal y familiar, por lo que la doctrina y la jurisprudencia han sido las encargadas de determinar el alcance del derecho, su núcleo esencial y sus límites.

En cuanto a su contenido básico, resulta importante citar la sentencia C-540 de 2012 de la Corte Constitucional, en la que se señala como rasgo esencial el espacio medular donde la personalidad tiene plena libertad, por encontrarse excluida del dominio público, por lo que su protección se garantizará prohibiendo la intrusión irracional en la información reservada de cada persona, así como su divulgación o tergiversación.

En cuanto a los límites, jurisprudencialmente se ha reconocido que solo puede ser objeto de limitaciones cuando se encuentra enfrentado con otro derecho, lo que involucra criterios de ponderación para determinar si existe transgresión o no al derecho a la intimidad. Recientemente, al examinar el tema de la posibilidad de conocer la historia clínica de un paciente, se consolidó la postura según la cual la intensidad de protección del derecho a la intimidad guarda relación con el tipo de información involucrada, aspecto que también había sido tenido en cuenta por la Corte Constitucional al señalar que la información relacionada con el ámbito de trabajo tenía repercusión social, y en esa medida no tenía una protección tan elevada como la del domicilio personal (sentencia T-768 de 2008).

Según la sentencia T-427 de 2013, existen cuatro tipos de información: la pública, la semiprivada, la privada y la reservada. La pública no tiene reserva alguna y puede ser conocida por cualquier persona, por ejemplo, la información relativa a un acto administrativo o a una sentencia judicial; la semiprivada es información que solo es manejada por autoridades competentes pero que se puede suministrar al público, por ejemplo, la relacionada con el comportamiento financiero; la privada es aquella que por encontrarse en un ámbito reservado solo puede ser conocida de manera excepcional; mientras que la reservada es aquella que solo es conocida por su titular, en la medida

que cualquier irrupción conlleva una lesión de derechos, indicando la Corte Constitucional, a manera de ejemplo, que de ella hacen parte la orientación sexual y la información genética.

De lo anterior se deduce que solo en el ámbito de la información pública no existe riesgo de lesionar el derecho a la intimidad, mientras que en los otros tipos de información sí se puede presentar una transgresión de este derecho, bien porque sea conocida por personas no autorizadas, porque no se den los supuestos de excepcionalidad para conocerla, o porque se encuentre en un ámbito reservado exclusivo del individuo.

En el ámbito del trabajo existen estos cuatro tipos de información sobre el trabajador, de los cuales a modo de ejemplo se citan los siguientes: pública, el título obtenido para desempeñar una profesión u ocio; semiprivada, el pago en nómina; privada, el expediente contentivo del historial laboral, que solo puede ser conocido por el empleador, por su representante o por el trabajador titular; y reservada, como las preferencias religiosas.

De manera que, adicionalmente, al evaluar el tipo de información para determinar la existencia de una transgresión al derecho a la intimidad, resulta necesario examinar los alcances del poder subordinante del empleador y la facultad que este le otorga para conocer diferentes tipos de información sobre el trabajador.

Así mismo, la Corte Constitucional señala que “Tres son las maneras de vulnerar el derecho a la intimidad. La primera de ellas es la intrusión o intromisión irracional en la órbita que cada persona se ha reservado; la segunda, consiste en la divulgación de los hechos privados; y la tercera, finalmente, en la presentación tergiversada o mentirosa de circunstancias personales, aspectos los dos últimos que rayan con los derechos a la honra y al buen nombre” (Const. Sentencia T – 160 de

2000). Es decir, la Corte expone unas formas de vulneración al derecho a la intimidad y establece que este no puede ser limitado sino se encuentra enfrentado a otro derecho.

Ahora bien, al inicio de la relación laboral subordinada no presupone de manera alguna que el trabajador se despoje de su condición de sujeto de derechos fundamentales (entre los que se encuentra el derecho a la intimidad); todo lo contrario, siendo el trabajo una obligación y un derecho de todo individuo (C.N., art. 25), es en este espacio donde realiza y reafirma su dimensión social, razón por la cual el derecho a la intimidad gozaría de un rango superior que le atribuye (con más razón bajo el imperio de la relación laboral) una especial protección del Estado, del empleador y de los otros trabajadores.

En relación con este derecho, a su vez la Corte Constitucional en su sentencia T-220 de 2004, M.P. Eduardo Montealegre L., ha señalado que la protección del derecho a la intimidad se desarrolla de la siguiente manera:

“A. La no divulgación o conocimiento por parte de terceros de los hechos, situaciones, comportamientos, o informaciones que la persona desea mantener reservadas para sí o para su núcleo familiar;

B. La no intromisión en los ámbitos físicos o espaciales en que la persona desenvuelve su existencia (residencia, lugar de trabajo, etc.);

C. La no intromisión en el cuerpo físico como ámbito propio y exclusivo de existencia”.

Como dice SANDOVAL, vemos que el derecho a la intimidad no es unívoco; todo lo contrario, su amplio espectro protector, inherente e irrenunciable al trabajador, lo convierte en un derecho real y no puramente formal, aunque el empleador tiene igualmente el derecho a vigilar al trabajador para comprobar su productividad y que su conducta se ajuste a las políticas y directrices empresariales.

En Colombia existen dos sentencias que son determinantes y obligatorias de mencionar para un mejor análisis del tema:

A. Material íntimo encontrado en computador de la empresa.

Mediante Sentencia T-0405 de 2007 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), la Honorable Corte Constitucional hizo un importante análisis sobre los límites del poder disciplinario y de vigilancia que detenta el empleador frente a sus trabajadores, con relación al uso de las herramientas de trabajo asignadas a estos últimos. En dicho caso, una trabajadora almacenó fotografías íntimas en el disco duro de la empresa, bajo una carpeta de archivos personales, las cuales fueron detectadas y extraídas por un representante del empleador. Tales fotografías no solo fueron dadas a conocer a otros trabajadores de la empresa y a la familia de la trabajadora, sino que fueron utilizadas como mecanismo para forzar a la trabajadora a renunciar a su cargo.

La mencionada corporación judicial, procedió a proteger el derecho a la intimidad, al buen nombre y a la honra de la tutelante, dado que “El hecho de que se tratara de una herramienta de trabajo compartida, no autorizaba a ningún miembro de la institución el ingreso, no consentido, a archivos personales ajenos, y mucho menos la extracción, manipulación, exhibición y uso de esa información personal”, agregando que al detectar tales imágenes “Le hubiese bastado con emitir un informe sobre lo que consideraba uso indebido o no autorizada (sic) de los elementos de trabajo para adoptar las determinaciones de contenido disciplinario o laboral que pudieran derivarse de tal comportamiento”.

Esta sentencia contiene aspectos sumamente relevantes para el poder de dirección y control empresarial: si bien establece que el derecho a la intimidad prevalece sobre la potestad del empleador para divulgar o extraer información de carácter personal, aun cuando la misma se encuentre almacenada en los equipos o archivos de

la empresa, también es cierto que al empleador no le queda vedado iniciar las acciones disciplinarias a que haya lugar por el uso indebido de tales herramientas de trabajo.

B. Derechos procesales frente al derecho a la intimidad.

Otra sentencia que reviste una gran importancia, en lo que atañe al uso de las tecnologías y el derecho a la intimidad, fue la promulgada por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia el 4 de septiembre de 2007. En esta providencia, el eje central de la discusión se centró entorno a la potestad de un sujeto procesal para acudir a mecanismos probatorios (correos electrónicos) para solicitar el amparo del derecho reclamado versus el derecho a la confidencialidad de la información personal y el derecho a la intimidad.

Consideró el tribunal que los mensajes de datos intervenidos fueron obtenidos del servidor de la empresa y de las cuentas de correo cuyo dominio (la terminación que generalmente va después de la arroba - por ejemplo: XXX@hotmail.com) identificaba al empleador y, por tanto, se convierten en cuentas institucionales que se consideran como una herramienta de trabajo.

Sin embargo, para la revisión de dicha información consideró que “De tenerse que efectuar la revisión de contenidos de los mensajes grabados en los discos compactos, el Tribunal de Arbitramento deberá respetar el derecho a la intimidad de los trabajadores de XXXXXXX S.A. en relación con los mensajes de datos que, luego de la verificación que el Tribunal realice, ostente carácter privado o personal de los funcionarios...”.

De esta manera, concluye la sala que aun en el evento de la diligencia judicial, prevalece el derecho a la intimidad y privacidad de la información personal.

2. Del derecho a la intimidad en la ejecución del trabajo.

Durante el desarrollo de las funciones realizadas por el trabajador, este se puede ver expuesto a intromisiones por parte del empleador, las cuales deben tener una ponderación y unos límites por cuanto la actividad de vigilancia puede comprometer el derecho a la intimidad. Una de las formas de proteger los derechos de los trabajadores y determinar la facultad de control del empleador es realizar un test de proporcionalidad.

Las políticas de que limitan el uso de herramientas informáticas en el lugar de trabajo deben ser establecidas en el contrato de trabajo, en los reglamentos o en un código de conducta, los cuales deben establecer que acciones constituyen falta grave y que sucede cuando hay reiteración.

1. Posibilidad de vigilar al trabajador en el trabajo.

Según la OIT (1997, p.8) cuando el trabajador sea objeto de vigilancia, este debe conocer la razón, el mecanismo y el tiempo de la medida. Sin embargo, esta vigilancia se puede realizar sin los requisitos anteriores cuando el empleador tenga sospechas suficientes de la comisión de un hecho delictivo o una infracción grave. Y solo es posible la vigilancia continua si se trata de proteger la salud o la seguridad.

a) Control audiovisual

Roqueta (2010, pp. 411 – 412) establece que las finalidades legítimas para la vigilancia del trabajador por medios audiovisuales son: “el control de riesgos al patrimonio de la empresa, o de los clientes, o del personal; control a la seguridad de terceros, protegiendo su vida o integridad; la verificación del cumplimiento de obligaciones laborales” (tomado de Segura, 2015).

El tribunal Constitucional establece en la sentencia 151 del 2004 que es necesario realizar un test de proporcionalidad para determinar si la medida es necesaria, si es eficaz para alcanzar el fin deseado y si ofrece ventajas al interés general.

En Colombia, respecto a los medios de control a través de video, la Corte Constitucional en la sentencia T – 768 de 2008 indica que las cámaras instaladas en lugares de descanso, baño, vestuarios o donde se filmen partes íntimas de las personas, violan el derecho a la intimidad ya que aquellos lugares no interesan a la relación empresarial sino que son espacios que interesan exclusivamente al individuo. Sin embargo, aquellas que busquen la protección de la empresa si están permitidas.

b) Control sobre uso de herramientas de trabajo.

Para desarrollar sus funciones, el empleador le facilita al trabajador herramientas de trabajo, el uso que este debe darle a dichas herramientas en principio es estrictamente laboral, sin embargo, no siempre es así, y hay que determinar en qué casos el trabajador tiende a extralimitarse.

- Control del computador en estricto sentido.

La doctrina española establece algunas actitudes que el empleador no puede tomar porque violaría el derecho a la intimidad de sus trabajadores, tales como: instalar un sistema de monitoreo en el computador del trabajador en todas sus actividades con el mismo (Roqueta, 2010, pp. 437 - 438) registrar la gaveta o escritorio del trabajador o abrirle archivos o el ordenador sin poner en su conocimiento la revisión que deba hacer (Dascosta, 2003 p. 12)

En Colombia, en la sentencia T – 405 de 2007 la Corte indico que el acceso a información que pertenece a la esfera personalísima del trabajador, no puede ser justificado alegando que el computador es de la empresa y que su uso es de todos los

trabajadores. Por lo tanto, la extracción, manipulación y exhibición de esa información privada, constituye una violación al derecho de intimidad.

- Control de correos electrónicos y uso de teléfono.

Sobre el correo institucional existe duda frente a la inviolabilidad de las comunicaciones, ya que hay teorías contrarias, unas señalan que prima el derecho a la intimidad y otro que prima el derecho de propiedad de los instrumentos del empleador (Segura, 2015).

En Colombia, el artículo 2349 del Código Civil atribuye a los empleadores los daños causados por sus trabajadores con ocasión del servicio prestado. Por esto, es que se dice que en el derecho al secreto de las comunicaciones cede cuando se usa el correo institucional. Ya que con este resulta en duda la imagen y nombre de la empresa, en caso de actos irregulares por parte del trabajador. Ese mismo artículo establece que los empleadores son responsables de los daños causados por sus trabajadores en ocasión del servicio prestado, salvo que empleando su dirección y vigilancia no pudiera prever el comportamiento del trabajador. Es por esta razón, que en cuanto al correo institucional es posible tener mayor vigilancia y prohibir su uso personal, porque se podría estar involucrando a la empresa o al empleador en una responsabilidad por actos que cometa el trabajador en uso de la misma, ya que el uso del correo institucional obedece a la utilización del nombre de la empresa.

Sin embargo, la Corte ha dicho, respecto a este tema, que el correo electrónico es un dispositivo que tiene un ámbito privado, por lo cual la regla constitucional del artículo 15, referido a la inviolabilidad de la correspondencia y demás formas de comunicación privada, tiene total aplicabilidad. Así, solo es posible su interceptación o registro mediante orden de autoridad judicial, en los eventos permitidos en la ley y con observancia estricta de las formalidades que la misma establezca (CConst. Sentencia T – 916 de 2008). De igual manera la Corte Suprema de Justicia establece que en caso

de que una empresa vaya a efectuar revisiones a los mensajes grabados en sus medios informáticos, deberá respetar el derecho a la intimidad de los trabajadores en relación a los mensajes de datos que ostenten carácter privado o personal de los funcionarios y que por encontrarse en direcciones de correo electrónico se encuentren grabados en dichos medios informáticos (CSJ, Rad. 05001, 2007).

Dependiendo de la herramienta de trabajo utilizada por el trabajador, el empleador cuenta con mecanismos telemáticos para vigilar su conducta. Como vimos, el derecho a la intimidad no tiene un significado único, sino que comprende diversas dimensiones en la vida de todo ser humano, como son su intimidad personal y familiar, su buen nombre, habeas data (información en bancos de datos), inviolabilidad de la correspondencia y otras formas de comunicación.

Ahora bien, dado que en este caso estamos hablando de posibles limitaciones a un derecho fundamental, recomendaría acudir al denominado por SANDOVAL (2008) Test de proporcionalidad para verificar hasta dónde es posible que el empleador vigile y controle al trabajador, sin vulnerar su derecho a la intimidad.

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, las medidas que se utilicen para restringir un derecho fundamental deben ser proporcional, razón por la cual el intérprete deberá cuestionar si la medida: “(i) es adecuada, en tanto persiga la obtención de un fin constitucionalmente válido (juicio de idoneidad); (ii) si es necesaria, en tanto no exista otra forma de obtener el mismo resultado con un sacrificio menor de principios constitucionales y que tenga la virtud de alcanzar el fin propuesto (juicio de necesidad). En último lugar, el juez lleva a cabo (iii) un examen de proporcionalidad en estricto sentido, en el cual determina si el trato diferenciado no sacrifica valores constitucionales más relevantes que los resguardados con la medida atacada (juicio de proporcionalidad)”.

Este Test de proporcionalidad podría igualmente utilizarse en la relación laboral, para determinar si la medida utilizada por el empleador afecta o no el derecho a la intimidad y dignidad del trabajador. De no aplicar un test como el sugerido u otro factor de medición objetivo, estaríamos reconociendo que el poder empresarial es superior al derecho fundamental del trabajador y, en consecuencia, la simple argumentación de la conveniencia o utilidad para la empresa justificaría en sí mismo la utilización de medios para la vigilancia y control de la actividad del trabajador, aun a costa del derecho a la intimidad, lo cual a nuestro juicio sería un atropello constitucional.

Hay que tener en cuenta de igual forma que el derecho a la intimidad del trabajador no es absoluto. Al respecto la Corte indica que el derecho a la intimidad en el ámbito laboral no tiene el mismo alcance que en el domicilio, porque en el primero existen actividades con repercusión social y no solo individual. Sin embargo, diferencia entre aquellos espacios que interesan exclusivamente al individuo y aquellos que interesan en la relación empresarial, e indica que las cámaras instaladas en lugares tales como locales sindicales, lugares de descanso, baños, vestuarios, o donde se tenga por fin filmar partes íntimas de una persona, violan el derecho a la intimidad, pero aquellas que son utilizadas para tomar medidas relacionadas con la vigilancia de la empresa, para que no se atente contra el derecho de propiedad o la seguridad, están permitidas (CConst. Sentencia T – 768 de 2008).

3. Limitaciones del trabajador en el uso de las herramientas de trabajo.

En Colombia existen controversias sobre el tema del uso personal del trabajador de las herramientas informáticas que le facilita al empleador para la realización de su actividad laboral. Dichas controversias se presentan ya que el Código Sustantivo del Trabajo en su artículo 60, que trata sobre las prohibiciones de los trabajadores, establece en el numeral 8 que “Se prohíbe a los trabajadores: usar los útiles o herramientas suministradas por el empleador en objetos distintos del trabajo contratado” (Artículo 60 # 8, Decreto Ley 2663 del 5 de agosto de 1950). Por lo cual, si ya la ley expresamente consagra una prohibición, se puede pensar que definitivamente el uso personal de los medios informáticos facilitados por empleador al trabajador está prohibido. Pero, ¿Qué sucede con el derecho a la intimidad del trabajador?

Los costos en los cuales debe incurrir el empleador para garantizar el funcionamiento de su red suelen ser altos, sobre todo, si se tiene en cuenta que debe proteger su información e infraestructura informática de múltiples factores, tales como el spam, virus, troyanos, gusanos, adwares, etc. Si adicionalmente a lo anterior se le suman las infinitas cadenas de correos electrónicos, descargas de videos o archivos de música (MP3, WMA, entre otros), mensajería instantánea (Windows Live Messenger, Google Messenger, Whatsapp etc.), acceso a redes sociales como facebook, instagram, twitter, snapchat o juegos on-line, navegación en páginas para fines de ocio, uso de la tecnología streaming (contenido multimedia de video y sonido), etc., que son actividades que limitan el ancho de banda de la red y aumentan su vulnerabilidad, hacen necesario que el empleador cuente con los mecanismos necesarios para controlar su acceso y disciplinar al trabajador en caso de fraude o infracción a las políticas corporativas.

Ahora, ¿hasta dónde protege el derecho a la intimidad al trabajador que viola las políticas corporativas sobre el correcto uso de las herramientas de trabajo? En nuestra opinión no hay una sola respuesta, como veremos más adelante. Por lo pronto

destacamos que a falta de una regulación sobre el tema, los jueces, autoridades administrativas y doctrinantes deberán jugar un rol vital en la definición de elementos básicos para dilucidar la casuística propia en torno a la anterior disyuntiva.

Lo que sí pueden adelantar las empresas con relación al tema antes dicho, es verificar que cuentan con políticas novedosas, flexibles a los adelantos tecnológicos, con poder coercitivo y vinculante, sobre el correcto uso y limitaciones de los equipos y herramientas dadas a los trabajadores. Es posible para ello acudir a los contratos de trabajo, reglamentos de la empresa, convenciones colectivas, pactos colectivos, laudos arbitrales, códigos de conductas o cualquier otra fuente formal de derecho en el ámbito de las relaciones laborales. Lo que debe evaluarse en relación con lo dicho, en forma precedente, es el alcance mismo de la limitación sobre el uso de las herramientas laborales y las respectivas vigilancia y control. En efecto, aun durante su jornada laboral, el trabajador mantiene una humanidad que lo ata al mundo exterior, a sus familiares y a su entorno social particular, y el contacto con esta realidad se desarrolla en cierta medida a través de los medios dados por el empleador (correo electrónico, teléfonos, fax, internet). Consideramos que tampoco se puede desconocer el hecho de que precisamente por su creciente utilización dentro de las empresas, tales mecanismos no pueden ser vistos como elementos exclusivos de la producción y de los servicios, sino que conllevan igualmente un “uso social incluso en el marco del centro de trabajo”.

Siendo entonces una realidad el uso social de las nuevas tecnologías dentro del mundo laboral que, reitero, es vital reconocer para avanzar en su regulación, hay dos perspectivas que se deben tener en cuenta: (i) la primera de ellas hace referencia al poder del empleador para velar por el cumplimiento de sus propias políticas y sancionar la utilización abusiva de las herramientas de trabajo; (ii) la segunda tiene una íntima relación entre el contenido mismo de lo que se investiga y la forma como se lleva a cabo.

4. Deber de la empresa de informar al trabajador sobre la vigilancia y control a implementar.

Uno de los grandes interrogantes que nos surge al adentrarnos en esta monografía es si la empresa, para ejercer la vigilancia del trabajador y antes de implementar cualquiera de los mecanismos tecnológicos a su disposición, debe o no notificárselo previamente. El vacío normativo con respecto a este punto es total, por lo que pueden presentarse interpretaciones divergentes y en cualquier caso la discusión debe ser bienvenida bajo una perspectiva de armonización y construcción. En nuestro sentir, la vigilancia indiscriminada por parte del empleador puede entrar en conflicto grave con el derecho a la intimidad del trabajador, y solamente cuando se lleva a cabo el Test de proporcionalidad, se puede tener una mayor certeza sobre si se está frente a una actuación legítima o no.

La vigilancia no informada al trabajador (cámaras de video ocultas, programas de seguimiento de conductas en internet, grabación de llamadas telefónicas, etc.) consideramos que, en la gran mayoría de los casos, no es proporcional, ni necesaria, ni es el mecanismo idóneo, si se utiliza de manera ininterrumpida y con carácter meramente preventivo dentro del sitio de trabajo. En sentido contrario, podría ser proporcional e idónea cuando no existe otro mecanismo para demostrar conductas irregulares del trabajador (no es posible acudir a testigos o a otros medios probatorios) y es necesaria exclusivamente ya para soportar tales actuaciones, ya garantizar la seguridad de la empresa y el entorno laboral.

La Organización Internacional del Trabajo —OIT— publicó un “Repertorio de recomendaciones prácticas sobre la protección de los datos personales de los trabajadores”, el cual, si bien no es obligatorio, tiene por finalidad proporcionar orientación a quienes tienen la responsabilidad de formular normas o políticas, incluyendo a los empleadores o trabajadores. En dicho repertorio se establece que “La

palabra ‘vigilancia’ engloba, sin limitarse a ella, la utilización de dispositivos como computadoras, cámaras de fotografía, cine y vídeo, aparatos de grabación sonora, teléfonos u otro material de comunicación, diferentes métodos de identificación y de localización y cualesquiera otros sistemas de vigilancia”. Esta definición, que destaca un marco conceptual sumamente importante, se debe interpretar en armonía con el numeral 6.14 de dicho documento, según el cual “Cuando los trabajadores sean objeto de medidas de vigilancia, estos deberían ser informados de antemano de las razones que las motivan, de las horas en que se aplican, de los métodos y técnicas utilizados y de los datos que serán acopiados, y el empleador deberá reducir al mínimo su injerencia en la vida privada de aquellos”.

En todo caso, la recomendación de la OIT es que la vigilancia no sea continua, salvo en aquellos casos relacionados con la salud, la seguridad y la protección de bienes. No sobra mencionar la relación de trabajo se basa sobre el principio fundamental de la buena fe, por lo que la transparencia y la confianza deben estar presentes en todo momento durante su vigencia. Bajo este supuesto, podría sugerirse la “vigilancia informada” como regla general y la “vigilancia no informada” como medida de excepción para aquellos casos que la justifiquen.

5. Poder subordinante del empleador sobre la intimidad del trabajador

Melis (2010) establece que cuando el empleador suscribe un contrato de trabajo con el trabajador surge el poder subordinante por parte del primero y el deber de obediencia del segundo (p.131). Por lo cual, aquí nos encontraríamos en un escenario como el que plantea la Corte Constitucional donde el derecho a la intimidad se ve enfrentado con otro derecho que sería el del empleador a realizar vigilancia y control del trabajador y su labor en virtud del contrato de trabajo. Sin embargo, ninguna orden dada por el empleador puede ir en contra de los derechos de los trabajadores, esto en razón de que el trabajador es titular de derechos fundamentales que son inherentes a él por su condición de ser humano y los cuales no pueden estar separados de las relaciones laborales (Segura, 2015).

El poder de vigilancia que tiene el empleador sobre el trabajador y su relación con su intimidad tiene diferentes manifestaciones durante la relación laboral y su surgimiento. Así, dicha relación inicia desde que se realiza el proceso de selección hasta que termina el contrato. En cuanto al proceso de selección hay preguntas que no puede realizar el empleador, estas son aquellas en la que se involucran aspectos personales que no tienen relación con el cargo a cumplir. Dichas preguntas por lo tanto no podrían estar sometidas al uso del polígrafo. Sin embargo, según el Concepto 116144/2012 del Ministerio de Trabajo, los trabajadores de empresas de seguridad privada y de la unidad administrativa especial de impuestos y aduanas nacionales si deben permitir el uso del polígrafo para verificar el cumplimiento de sus deberes del trabajador, cuando esta práctica se encuentra impuesta en el reglamento de trabajo. En cuanto a los exámenes médicos existe una restricción en cuanto a exámenes de embarazo y pruebas de VIH, esto para evitar la discriminación a la hora de hacer la selección del trabajador (Segura, 2015). La Corte Constitucional ha dicho que a las mujeres no se les puede imponer hacerse prueba de embarazo salvo que la información requerida sea para examinar incompatibilidades con el empleo (CConst., sentencia T-1219 de 2005).

Por otro lado, durante el desarrollo de sus funciones el trabajador puede ver intromisiones por parte del empleador, con el propósito de verificar el cumplimiento de sus obligaciones o en razón de otros fines legítimos. Sin embargo existen límites a dicho poder de control (Segura, 2015). Para el autor Sandoval (2008) “es necesario efectuar un juicio de proporcionalidad sobre las medidas restrictivas y de control y el derecho a la intimidad del trabajador” (p.12).

Como parte de esos límites que regulan la injerencia del empleador en el ámbito laboral respecto a su trabajador, la Organización Internacional de Trabajo (1997) establece que existe un deber de información que debe tener el empleador con el trabajador cuando este sea objeto de vigilancia, por esto, es necesario que el trabajador conozca la razón que la motiva, el tiempo que se aplica y el mecanismo utilizado. Sin embargo, la IOT también afirma que el empleador no tendrá dicho deber de información cuando tenga sospechas suficientes frente a la comisión de un hecho delictivo o una infracción grave y solo se permitirá la vigilancia continua si se trata de proteger la salud o la seguridad.

Como lo mencioné anteriormente la Corte Constitucional ha reconocido en la sentencia T – 427 de 2013 que existe una información pública, semiprivada, privada y reservada. Considerándose que la única que no puede transgredir de ninguna forma el derecho a la intimidad es la información pública. En el ámbito laboral es necesario examinar los alcances del poder subordinante del empleador y la facultad que este le otorga para conocer diferentes tipos de información sobre el trabajador, esto para determinar si existe o no agresión al derecho a la intimidad (Segura, 2015).

Un ejemplo claro de lo anteriormente planteado es referente al estado de salud del trabajador, respecto a esta, es importante que el empleador conozca este su protección y prevención. Sin embargo, la Corte Constitucional en la sentencia T – 513 del 2006 establece que para evitar la discriminación el trabajador puede decidir si pone

en conocimiento del empleador su estado de salud o no, sin perjuicio de acatar las instrucciones establecidas en los reglamentos de higiene y seguridad industrial. Por otro lado, los pacientes con VHI no tienen que informar a sus empleadores del padecimiento de su enfermedad y en caso de hacerlo estos deberán ofrecer garantías laborales y no pueden tomarla como causal de despido (Decreto 1543 de 1997). También la Corte Constitucional ha afirmado que la historia clínica está protegida por el derecho a la intimidad (CConst. Sentencias T-427 de 2013 y T-669 de 2009).

La jurisprudencia constitucional ha establecido diferentes reglamentaciones dependiendo del caso que se presenta cuando hay colisión de derechos entre el trabajador y el empleador. Así, en la sentencia T – 405 de 2007, la Corte establece que aunque exista un uso compartido de las herramientas de trabajo, nada autoriza a ningún miembro de la Institución o empresa el ingreso, no consentido, a archivos personales ajenos, y muchos menos la extracción, manipulación, exhibición y uso de esa información personal. Todo esto, en virtud del artículo 15 de la Constitución Política de Colombia que garantiza el derecho a la intimidad, la honra y el buen nombre.

6. Poder sancionatorio del empleador sobre mal uso de las herramientas de trabajo.

La conducta del trabajador que vaya en contra de las políticas sobre el uso correcto de las herramientas de trabajo, podría dar lugar a la imposición de las sanciones disciplinarias contempladas en el reglamento interno de trabajo, en el contrato laboral, en laudos arbitrales, en el pacto o en la convención colectiva. Incluso, si no hay procedimiento escrito, y dependiendo de la gravedad de la infracción, la infracción puede generar la terminación del contrato laboral con justa causa, por violar la prohibición legal de usar los útiles o herramientas suministradas por el empleador, en objetos distintos del trabajo contratado (CST, art. 60).

Ahora, no puede confundirse el uso legítimo del poder del empleador para la imposición de sanciones, del uso arbitrario y desmesurado del mismo, pues ello implicaría el desconocimiento del principio de buena fe contractual presente en la relación laboral, entre otros. Para la valoración de la conducta imputable al trabajador y graduar la sanción, deberían tenerse en cuenta aspectos como la reincidencia, el perjuicio ocasionado a la empresa, el tiempo invertido diariamente, etc. Debe existir una íntima correspondencia entre la gravedad de la infracción y la sanción impuesta por el empleador, ya que “si del examen de circunstancias concurrentes resultara que los hechos imputados si bien pudieran ser merecedores de sanción, no lo son de la más grave —por ejemplo remitir un solo correo electrónico extralaboral o hacerlo fuera de la jornada laboral—, el despido sería improcedente”.

Calificar qué conducta es grave o no, tampoco es una tarea sencilla. A manera de ejemplo, para otros autores (Sempere Navarro y San Martín Mazzuconi) la visita a una página web de contenido pornográfico no puede ser más censurable que la visita a un portal de noticias o deportes, pues lo que se persigue no es sancionar lo que atente contra lo “moralmente aceptable” o “políticamente correcto” (términos controversiales y

con límites socialmente difusos), sino el hecho mismo del quebrantamiento de las políticas de uso de las herramientas de trabajo por parte del trabajador(10).

En este escenario, no se entraría a discutir sobre juicios morales, éticos o políticos con cada trabajador, sino sobre lo que es aceptable o no para la empresa. No obstante, a nuestro juicio es perfectamente viable que el empleador, dentro de sus políticas internas, logre establecer una escala de tolerancia sobre el uso social de las herramientas de trabajo y así permita, por una parte, el acceso a portales bancarios, noticiosos, de correos electrónicos, y todos aquellos que considere aceptables y, por la otra, restringir válidamente cualquier tipo de acceso a páginas de contenido pornográfico, terrorista, de juegos on-line, redes sociales, foros telemáticos, etc.

Para verificar si el trabajador está o no cumpliendo con estas restricciones, no se necesitaría llevar a cabo una vigilancia ininterrumpida de la actividad del trabajador, ya que podría reprobear el antes mencionado Test de proporcionalidad y afectar el derecho a la intimidad. En este evento, se puede restringir mediante el servidor proxy de la empresa o mediante el navegador web (el cual es menos seguro y las limitaciones pueden ser vulneradas fácilmente), el acceso a las páginas que considere inapropiadas. También puede el empleador habilitar o abrir el servidor proxy durante un horario determinado fuera de la jornada laboral y dejarlo restringido o cerrado en vigencia de esta. Por esta vía se permite un mayor equilibrio entre el uso social de las herramientas de trabajo y la productividad que se exige al trabajador en horas de laborales, por lo menos en lo que al uso de internet concierne.

En resumen, si bien toda violación sobre el uso indebido de las herramientas laborales puede dar lugar a la imposición de sanciones (suspensión del contrato, amonestación), estas no podrán consistir en medidas lesivas para la dignidad del trabajador (listas negras, usar al trabajador como ejemplo de castigo moral ante los demás trabajadores, etc.) y deberán ser proporcionales a la infracción. No toda

infracción implica per se una terminación justificada del contrato de trabajo; solamente las faltas graves podrán dar lugar a una medida tan drástica.

Las políticas empresariales deben propender hacia un mejor control cualitativo y menos cuantitativo de la actividad laboral. Si bien no hay mandato legal al respecto, sería un ejercicio de grandes ventajas organizacionales el lograr un consenso entre trabajadores y la empresa, acerca de cuáles serían las políticas de la empresa frente al uso de las herramientas de trabajo, de tal manera que dentro de un ambiente participativo la empresa manifieste su interés de incrementar la productividad y cuáles serían las restricciones apropiadas y el empleado, sin ver afectado su derecho a la intimidad, conscientemente entienda el adecuado uso de dichas herramientas, el porqué de la prohibición y las acepte.

CONCLUSIONES

Respondiendo a los interrogantes planteados al inicio de este trabajo y a partir de lo desarrollado en el mismo, se pueden establecer las siguientes conclusiones que centraré exclusivamente en Colombia pero tomando como modelo y referente a España:

1. Es innegable que existe inseguridad jurídica por la falta de regulación del legislador en estas situaciones, por lo tanto, las diferentes formas que expuse como mecanismos de control, no solo deben regular los términos en que los trabajadores deban utilizar los computadores y el Internet, sino también, las medidas de control adoptadas por el empresario para comprobar la posibilidad de abusos, estableciendo las consecuencias sancionadoras e indemnizatorias derivadas de dichos abusos. Para que a su vez, exista la posibilidad de tipificar y graduar las faltas cometidas por los trabajadores, derivadas del uso indebido de las herramientas informáticas, asignándoles el respectivo resultado sancionador.
2. España no es el único país donde se presenta este tipo de conflictos. Es posible considerar que en comparación con Colombia, España tiene un desarrollo jurisprudencial más amplio. Se hace necesario entonces que con la implementación de nuevas tecnologías para el desarrollo de la actividad laboral, los países adopten medidas legales con el propósito de garantizar los dos derechos que pueden entrar en colisión: el derecho empresarial y el derecho a la intimidad del trabajador. De esta forma garantizar la seguridad jurídica de empleadores y trabajadores.
3. El derecho colombiano se asemeja, en el tema tratado, al derecho español en que se establece primero, que el derecho a la intimidad no es absoluto y segundo ambas legislaciones contienen en sus Constituciones el derecho a la intimidad y

buscan defenderlo de la manera más proporcional, reconociendo las garantías constitucionales de los asociados, aplicando principios de ponderación y proporcionalidad.

4. Es posible evidenciar que el derecho colombiano se diferencia con el derecho español en que este último tiene una regulación más amplia respecto al tema, por lo cual, posee mayor campo de acción para resolver las diversas situaciones fácticas que se pueden presentar. Mientras que el derecho colombiano tiene poca jurisprudencia sobre el tema y su regulación está menos definida.
5. Como se pudo observar en Colombia se debe respetar el derecho a la intimidad del trabajador cuando este se ve enfrentado con una relación laboral, pero también se puede observar que este derecho no es absoluto y que se puede ver menoscabado por dicha relación. Por lo cual, ya la Corte Constitucional establece algunos de los límites que puede significar el derecho a la intimidad en la relación laboral y también la limitación que el mismo derecho a la intimidad contiene en esa relación.
6. Es posible, desde nuestra óptica, enunciar el procedimiento que debe llevar la empresa en caso de una inspección del computador por uso indebido del sistema:
 - a) Definir el modelo de uso de las herramientas informáticas en la empresa: 1) prohibición total de uso para fines extra-laborales; 2) límite de tiempo para navegación; 3) uso no abusivo.
 - b) Establecer normas de uso del sistema: 1) tratamiento del uso extra-laboral del sistema; 2) advertencia sobre la existencia del control; 3) advertir sobre el tipo y alcance del control.
 - c) Tener la certeza probatoria que el trabajador conoce del control al sistema: 1) firma de las normas; 2) firma de la hoja de asistencia a sesión informativa; 3) envío por correo electrónico
 - d) Justificar el acceso: a) protección del sistema informático de la empresa; b)

- incumplimiento del trabajador; c) sospecha fundada o prueba de la infracción.
- e) Regular el acceso al ordenador y sus medidas de control: 1) posible presencia del trabajador; 2) respeto a la intimidad del trabajador; c) indicar tiempo, modo y lugar.
 - f) Garantizar la eficacia probatoria: a) no manipulación de la empresa; b) prueba documental; c) prueba testimonial.
7. Al momento de terminar el contrato laboral pueden existir violaciones a la intimidad del trabajador en la medida en que terceras personas consulten al empleador datos sobre el trabajador (referencias laborales), o se divulgue información relacionada con el comportamiento del trabajador durante la relación laboral o las causales de terminación de la misma.
 8. Disponer de una política de manejo, protección y análisis de los datos en tanto la información obtenida de manera lícita puede generar perjuicios ilícitos si es usada en contra del trabajador, de manera tendenciosa.
 9. Abstenerse de instalar cámaras en espacios que, a pesar de estar ubicados en la empresa, constituyen lugares para el desarrollo de la vida íntima del empleado, como los baños o espacios sindicales.
 10. La evolución de esta problemática amerita un permanente seguimiento por parte de las Altas Cortes, quienes tienen el deber de identificar los límites entre el uso personal con moderación y la trasgresión de la intimidad, teniendo presente que los métodos de control son sumamente necesarios. No es suficiente adaptarse a las circunstancias tecnológicas que nos rodean en el ambiente laboral, sino también deben estar conscientes que estas situaciones se multiplican de manera normal en las empresas con prácticas que actualmente ya no resultan novedosas, como la mensajería instantánea -Whatsapp- o -Facebook-, que adquieren hoy en día una habitualidad impresionante y pasa de ser algo excepcional a algo cotidiano y por consiguiente, incrementa los conflictos como consecuencia del uso de las mismas. Simplemente les quedaría por determinar

cómo se mide la intensidad del uso indebido de las herramientas tecnológicas y cuantificar el respectivo perjuicio causado a la empresa.

11. La falta de una normatividad clara sobre el control disciplinario y de vigilancia del empleador, comporta una situación que deberá regularse efectivamente a través del diseño de políticas idóneas sobre el uso de las herramientas de trabajo por parte del empleado.
12. Tales regulaciones contemplen expresamente qué tipo de conductas son sancionables, para lo cual una graduación dependiendo del impacto de la infracción cometida por el trabajador sería recomendable.
13. Recomendamos que al desarrollar el derecho a la intimidad, se estime una normatividad que tenga en consideración el “Repertorio de recomendaciones prácticas sobre la protección de los datos personales de los trabajadores”, de la OIT, mencionado anteriormente, en lo que se refiere a vigilancia dentro de las relaciones laborales. Así mismo, se recomienda que el Congreso de la República o el Gobierno Nacional, en caso de regular el derecho empresarial de vigilancia y control frente al derecho a la intimidad, busquen un equilibrio a través de un procedimiento consensual entre los trabajadores y empleadores, en el cual se definan qué tipo de vigilancia habrá y cómo se ejercerá.
14. El problema entre los límites del derecho a la intimidad y el derecho a la libertad de empresa se resuelva a partir del simple consentimiento del trabajador para permitir su restricción, pues como se indicó, ni siquiera los parámetros fijados en directrices y recomendaciones pueden determinar la frontera entre el ejercicio de uno u otro derecho.
15. Por lo anterior, la solución se encuentra en la aplicación del test de proporcionalidad en cada caso concreto, lo que acarrea un problema para la unidad de criterio frente a cada uno de los factores determinantes en el test y frente a la autoridad administrativa o judicial que establezca la aplicación de los criterios de necesidad, proporcionalidad e idoneidad de la medida.

16. En Colombia, pese al desarrollo doctrinario y jurisprudencial al respecto, no han llegado a examinarse todas las hipótesis anteriormente planteadas y habrá que acudir no solo a la aplicación del test de proporcionalidad sino a los desarrollos del derecho comparado que permiten vislumbrar diferentes soluciones al respecto.

BIBLIOGRAFIA

Aguilera, R (1997). *Las causas del despido disciplinario y su valoración por la jurisprudencia*. Madrid: Aranzadi. (pp. 36).

Bilbao Ubillos, J. M. (1997). *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Madrid: Boletín Oficial del Estado/Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Cardenal, M. (2001). Desmatrizando el uso de internet en el trabajo. *Arazandi social* N° 15 (p. 15).

Concepto 116144 de 2012. [Ministerio del Trabajo]. Uso del polígrafo en materia laboral. Junio 8 de 2012.

Concepto 71526 de 2009. [Ministerio de la Protección Social]. Prueba del polígrafo. Marzo 12 de 2009.

Conferencia Internacional Americana. (1948). Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Consejo de Europa. Convenio Europeo de Derechos Humanos. Noviembre 4 de 1950.

Corte Europea de Derechos Humanos. (3 de abril de 2007). *Caso de Copland vs. United Kingdom*. (Application no. 62617/00).

Chieco, P (1998). *Il diritto alla riservatezza del lavoratore*. DLRI (p. 3).

Dacosta Herrera, A. F. (2003). El acceso a internet versus el poder de vigilancia de la empresa. *Actualidad Laboral y Seguridad Social*, (118), 10-15.

De Vicente, F (1998). *El derecho del trabajador al respeto de su intimidad*. Madrid (ed. CES) (pp. 297 y ss.).

Decreto 1543 de 1997. [Ministerio de Salud]. Por el cual se reglamenta el manejo de la infección por el virus de inmunodeficiencia humana (VIH), el síndrome de la inmunodeficiencia adquirida (Sida) y las otras enfermedades de transmisión sexual (ETS). 12 de junio de 1997.

Escobar López, E, y Marulanda Otálvaro, L. F. (2004). *El derecho a la intimidad* (Segunda ed.). Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.

Falguera, M (2000). *Uso por el trabajador del correo electrónico de la empresa para fines extra-productivos y competencias de control del empleador*. Relaciones laborales, Tomo II (p. 475)

Fernández, T. R. (1988). Reflexiones constitucionales sobre la libertad de empresa. En *Estudio en homenaje al doctor Héctor Zamudio en sus treinta años como investigador de las ciencias jurídicas*. Tomo I. Derecho constitucional, (págs. 181-207). Recuperado el 3 de marzo de 2014, de bilbio.jurídicas: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/641/13.pdf>

Goñi Sein, J. L. (24 de enero de 2014). *Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral individual: ¿necesidad de una reformulación?* Recuperado el 7 de marzo de 2014, de fundación.usal: http://www.fundacion.usal.es/aedtss/images/stories/documentos/XXIII_Congreso_Nacional/01_Jose_Luis_Gon%CC%83i.pdf

Gutiérrez Boada, J. D. (2001). *Los límites entre la intimidad y la información*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Hernández Rueda, L. (1997). Poder de dirección del empleador. En N. de Buen Lozano, *Instituciones del derecho del trabajo y de la seguridad social* (págs. 405-419). México: Academia Iberoamericana del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social/ Universidad Nacional Autónoma de México.

Information Commissioner's office [ico]. (2011). *The employment practices Code*. UK: Autor.

Ley 1581 de 2012. [Congreso de Colombia]. Por la cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales. Octubre 17 de 2012. DO. n.º 48587.

Martínez Fons, D. (2002). *El poder de control del empresario en la relación laboral*. Madrid: Consejo Económico y Social.

Martínez Fons, D. (2005). El control empresarial del uso de las nuevas tecnologías en la empresa. En S. del Rey Guanter y M. Luque Parra, *Relaciones Laborales y Nuevas Tecnologías*. Madrid: La ley.

Melis Valencia, C. (2010). *Los derechos fundamentales de los trabajadores como límites a los poderes empresariales* (Segunda ed.). Santiago, Chile: Legal Publising.

Melis Valencia, C. (2010). *Los derechos fundamentales de los trabajadores como límites a los poderes empresariales* (Segunda ed.). Santiago, Chile: Legal Publising.

Minnesota Department of Employment and Economic Development. (Enero de 2006). *An Employer's Guide to Employment Law Issues in Minnesota*. Recuperado el 7 de marzo de 2014, de lindquist.com: http://www.lindquist.com/files/Uploads/Documents/Employers_Guide_Minnesota.pdf

Morato, R (2005). *El control sobre internet y correo electrónico en la negociación colectiva en Relaciones Laborales*, T-II. (pp. 1392 y 1393).

Naciones Unidas [ONU]. (Diciembre 10 de 1948). Declaración Universal de Derechos Humanos.

Naciones Unidas [ONU]. (Diciembre 16 de 1966). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Naciones Unidas [ONU]. (Diciembre 18 de 2013). El derecho a la privacidad en la era digital. Res. A/RES/68/167.

Organización de Estados Americanos [oea]. (Noviembre 22 de 1969). Convención Americana de Derechos Humanos.

Organización Internacional del Trabajo. (1997).

Organización Internacional del Trabajo. (1997). *Repertorio de recomendaciones prácticas de la OIT. Protección de los datos personales de los trabajadores*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo.

Pecorella, C. y De Ponti R. (2010). Privacy y control del correo y la navegación por la Red en el puesto de trabajo. En A. Jareño Leal (Coord.), *La protección jurídica de la intimidad* (págs. 583-607). Madrid: Iustel.

Pérez, F & Thibault, J (2008). *El uso laboral del ordenador y la buena fe en RR. LL.*, N° 6, (pp. 51 y ss).

Pérez, F. (1990). *Nuevas tecnologías y relación de trabajo*, Tirant Lo Blanch, (p. 73).

Persiani, M (2002). *Diritto sindacale*. (8ª ed.) (p.2)

Rama Judicial de Puerto Rico. (s.f.). *Protección contra ataques a la honra, a la reputación y a la vida privada*. Recuperado el 6 de marzo de 2014, de ramajudicial:

<http://www.ramajudicial.pr/leyes/constitucion/articulo2-8.htm>

Repertorio de recomendaciones prácticas de la oit. Protección de los datos personales de los trabajadores. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo.

Rodríguez, M (2004). *Derecho a la intimidad del trabajador y contrato de trabajo.*

Diario La Ley, N° 6033, Sección Doctrina.

Roqueta Buj, R. (2010). El derecho a la intimidad de los trabajadores y el control audiovisual del empresario. En A. Jareño Leal (Coord.), *La protección jurídica de la intimidad* (págs. 405- 462). Madrid: lustel.

Sandoval, C. M. (2008). Poder disciplinario y nuevas tecnologías. *Actualidad Laboral y Seguridad Social*, (146), 10-15.

Sandoval, C. M. (2008). *Poder disciplinario y nuevas tecnologías.* Actualidad Laboral y Seguridad Social, (146), 10-15.

Segura, D. (Enero – junio, 2016). *El derecho a la intimidad del trabajador como restricción al poder subordinante del empleador: el incipiente desarrollo en Colombia frente al derecho comparado.* Revista de Derecho Público N° 34. ISSN 1909-7778. DOI: <http://dx.doi.org/10.15425/redepub.34.2015.03>

The Office of the Revisor of Statutes. (2013). *2013 Minnesota Statutes.* Recuperado el 6 de marzo de 2014 de www.revisor.mn.gov: http://www.revisor.mn.gov/search/doc_result.php?search=stat&keyword_type=all&keyword=2013+Minnesota+Statutes&stat=1&stat_year1=2013&stat_year2=2013

Thibault, J. (2006). *Control multimedia de la actividad laboral.* Tirant lo Blanch. Valencia (pp.58 y ss.)

Ugarte Cataldo, J. L. (2011). Privacidad, trabajo y derechos fundamentales. *Estudios Constitucionales*, IX(1), 13-35.

United Kingdom Employment Appeal Tribunal. (2013). *City and Country of Swansea Appellant vs. Mr D A Gayle Respondent.* Recuperado el 19 de febrero de 2014, de [baillii.org/uk/cases/UKEAT/2013/0501_12_1604.html](http://www.bailii.org/uk/cases/UKEAT/2013/0501_12_1604.html)

Universidad eafit. (3 de mayo de 2011). *Una visita para conocer el entorno del aspirante.* Recuperado el 6 de marzo de 2014, de [eafit: http://www.eafit.edu.co/egresados/noticias/2011/Paginas/una-visita-para-conocer-el-](http://www.eafit.edu.co/egresados/noticias/2011/Paginas/una-visita-para-conocer-el-)

SENTENCIAS

Corte Constitucional. Sentencia SU-089 de 1995 (M. P.: Jorge Arango Mejía: marzo 1 de 1995).

Corte Constitucional. Sentencia C-326 de 1997 (M. P.: Fabio Morón Díaz: julio 10 de 1997).

Corte Constitucional, Sentencia T-067 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional, Sentencia T-220 de 2004, M.P. Eduardo Montealegre L.

Corte Constitucional, Sentencia T-301 de 2004, M.P. Eduardo Montealegre L.

Corte Constitucional. Sentencia T-482 de 2004 (M. P.: Álvaro Tafur Galvis: mayo 20 de 2004).

Corte Constitucional. Sentencia T-787 de 2004 (M. P.: Rodrigo Escobar Gil: agosto 18 de 2004)

Corte Constitucional. Sentencia T-1218 de 2005 (M. P.: Jaime Córdoba Triviño: noviembre 24 de 2005).

Corte Constitucional. Sentencia T-1219 de 2005 (M. P.: Jaime Córdoba Triviño: noviembre 24 de 2005).

Corte Constitucional. Sentencia T-513 de 2006 (M. P.: Álvaro Tafur Galvis: julio 6 de 2006).

Corte Constitucional. Sentencia T-405 de 2007 (M. P.: Jaime Córdoba Triviño: mayo 24 de 2007).

Corte Constitucional. Sentencia T-632 de 2007 (M. P.: Humberto Sierra Porto: agosto 15 de 2007).

Corte Constitucional. Sentencia T-768 de 2008 (M. P.: Clara Inés Vargas Hernández: julio 31 de 2008).

Corte Constitucional. Sentencia T-669 de 2009 (M. P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub: septiembre 24 de 2009).

Corte Constitucional. Sentencia C-540 de 2012 (M. P.: Jorge Iván Palacio Palacio: julio 12 de 2012).

Corte Constitucional. Sentencia T-427 de 2013 (M. P.: María Victoria Calle Correa: julio 10 de 2013).

Corte Constitucional. Sentencia T-634 de 2013 (M. P.: María Victoria Calle Correa: septiembre 13 de 2013).